Die Rechtsnatur der Aneignung

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Gerhard Witalinski
Referendar

Breslau 1927

Druck: Dr. Hermann Eschenhagen, Kommanditgesellschaft, Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis

Achilles—Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Auerbach, Jakob: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes in: Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von Matthiaß und Geffcken Bd. 3. Heft 3, Leipzig 1905.
Biermann, Johannes: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Sachenrecht 3. Aufl. Berlin 1914.
Breit James: Die Geschäftsfähigkeit 1. Hälfte. Leipzig 1903.
Brodmann, E.: in Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. 3. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.
Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Heinrich Mitteis Bd. 2. 7.—8. Aufl. Jena 1924.
Cretschmer: Das Bürgerliche Recht Bd. 1. Düsseldorf 1902.
Crome, Carl: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen und Leipzig 1900. Bd. III. Tübingen 1905.
Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1911.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (zum Dienstgebrauch der preußischen Justizbehörden hergestellte Ausgabe) 4. Aufl. Berlin 1896.
Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens Bd. I. 3. Aufl. Halle a. S. 1906. Bd. III. 4. Aufl. Halle a. S. 1908.
Dittenberger, Heinrich: Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, Berlin 1905.
Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. 1.—2. Aufl. Berlin 1904.
Ehrlich, E.: Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin 1893.
Eltzbacher, Paul: Die Handlungsfähigkeit 1. Bd. Berlin 1903.
Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 8. Aufl. Berlin 1903. Bd. II. 1. Abt. 8.—9. Aufl. Berlin 1905.
Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1. Bd. 1. Abt., 25.—29. Aufl. Marburg 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Fischer—Henle: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 11. Aufl. München 1921.
Flad, F.: in Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I. 4. Aufl. Berlin 1913.
Friebe, Günther: Ist zum Eigenbesitz der sog. animus domini erforderlich? Dissert. Breslau 1905.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht 2. Bd. in Binding's Handbuch der Rechtswissenschaft 2. Abt. 3. Teil 2. Bd. Leipzig 1905.
Goldmann—Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 2. Berlin 1912.
Greiff, M.: in Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze Bd. III. 3. Aufl. Berlin 1906.
Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, in Ihering's Jahrb. Bd. 42 S. 413 ff.
Henle, Rudolf: Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910.
Hölder, E.: Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, in Ihering's Jahrb. Bd. 55 S. 413 ff.
Jacobsohn, Adolf: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, in Ihering's Jahrb. Bd. 56, S. 329 ff.
Isay Herrmann: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.
„ Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, in Ihering's Jahrb. Bd. 44 S. 43 ff.
Juristische Wochenschrift.
Kipp. Theodor: in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 54 S. 607 ff.
Klein, Peter: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München 1912.
Kniep, Ferdinand: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.
Kober. Karl in J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze Bd. III. Teil 1., 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1926.
Kohler, J.: Das Autorrecht in Ihering's Jahrb. Bd. 18, S. 129 ff.
„ Vertrag und Uebergabe, im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 1 ff.

Kreß, Hugo: Besitz und Recht, Nürnberg und Leipzig 1909.

Landsberg, Ernst: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Hälfte. Berlin 1904.

Lenel, Otto: Parteiabsicht und Rechtserfolg, in Jhering's Jahrb. Bd. 19, S. 154 ff.

Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Leonhard, R.: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Manigk, Alfred: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, in den Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard. Heft 5. Breslau 1901.

„ Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, im Archiv f. bürg. Recht, Bd. 25 S. 316 ff.

Manigk, Alfred: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

„ Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.

Matthiaß, Bernh.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II. Berlin 1899.

Motive zum Entwurfe eines BGB.

Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I. 5. Aufl. Berlin 1909.

Nußbaum, Arthur: Theoreme und Wirklichkeit, in den Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, im Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 42 S. 136 ff.

Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen. Bd. I. 2. Aufl. Berlin 1908.

Planck, Georg: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1903.

Protokolle des Entwurfes des BGB., bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. 3. Berlin 1899.

Rabel, E.: Besprechung von J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1915. S. 508 ff.

Rehbein, H.: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.

Reichsgerichtsrätekommentar Bd. II. 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1923.

Riezler, Erwin: in J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürger-

lichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. I. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1925.

Rosenberg, Leo: im Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Hölder, Schollmeyer u. a. Bd. III. 1. Halbbd. München 1919.

Scherer, M.: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1899.

Schloßmann, Siegmund: Willenserklärung und Rechtsgeschäft, in der Kieler Festgabe für Albert Hänel, Kiel und Leipzig 1907.

Schneider, K.: Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung, im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 42 S. 273 ff.

Strohal, Emil: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Ihering's Jahrb. Bd. 29 S. 336 ff.

„ Der Sachbesitz nach dem BGB., in Ihering's Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.

von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1. Hälfte, in: „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft“ von Binding 10. Abt. 1. Teil 2. Bd. München und Leipzig 1914.

Turnau—Förster: Das Liegenschaftsrecht Bd. I. Paderborn 1900.

Wedemeyer, Werner: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, Göttingen 1904.

von Wendt, Otto: Besitz und Besitzwille, in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen 1907.

Wolff, Martin: im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp, Wolff, 2. Bd. 1. Abt., 20.—21. Aufl. Marburg 1926.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Abkürzungen:

e. = empfangsbedürftig.
n. e. = nicht empfangsbedürftig.
W. E. = Willenserklärung.

Soweit bei angeführten Paragraphen ein Gesetz nicht genannt ist, sind immer die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches gemeint. Im übrigen sind die Abkürzungen die üblichen.

Einleitung.

§ 1.

Der Erwerb des Eigentums an herrenlosen beweglichen Sachen erfolgt gem. § 958 BGB. dadurch, daß man diese Sachen in Eigenbesitz nimmt (Aneignung). An eine juristische Tatsache — den Erwerb des Eigenbesitzes an herrenlosen beweglichen Sachen — wird also eine bestimmte Rechtsfolge — der Erwerb des Eigentums — geknüpft. Im folgenden soll die Rechtsnatur dieser Tatsache untersucht werden, d. h. es soll geprüft werden, unter welche Art der juristischen Tatsachen die Aneignung fällt. Eine derartige Untersuchung setzt zweierlei voraus: 1. eine Feststellung der verschiedenen Arten der juristischen Tatsachen und ihrer Unterscheidungsmerkmale; 2. eine Untersuchung der Merkmale der Aneignung. Nur wenn über diese beiden Voraussetzungen völlige Klarheit besteht, läßt sich die Einreichung der Aneignung in ein System der juristischen Tatsachen vornehmen. Demgemäß wird sich die folgende Darstellung in ihrem ersten Teile mit den Arten der juristischen Tatsachen zu befassen haben. Im zweiten Teile werden die Erfordernisse der Aneignung geprüft werden, und erst im dritten Teile wird durch Verwertung der Ergebnisse der beiden vorausgehenden Teile das Ziel erreicht werden können.

I. Teil:

§ 2.

I.

Die juristischen Tatsachen zerfallen in Handlungen und sonstige Tatsachen. Von Wichtigkeit sind hier nur die juristischen Handlungen, und zwar diejenigen auf dem Gebiete des Privatrechts. Diese Handlungen kann man wieder einteilen in rechtmäßige und unrechtmäßige.[1] Für unsere Untersuchung sind nur die recht-

1) vgl. v. Tuhr Bd. 2, 1. Hälfte § 48 II, S. 105.

mäßigen Handlungen von Bedeutung, da der Erwerb des Eigentums durch Aneignung ein rechtmäßiger ist.

Die rechtmäßigen Handlungen pflegt man wiederum einzuteilen in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen. Dabei sind unter Rechtshandlungen zu verstehen alle dem Privatrecht angehörenden rechtmäßigen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind. Bei der Einreihung der Aneignung in eine dieser beiden Gruppen setzt nun in der Literatur der Streit ein.

Wodurch sich Rechtsgeschäft und Rechtshandlung unterscheiden, sagt uns das BGB. nicht. Den Ausdruck „Rechtshandlung" kennt es überhaupt nicht, während es für die Rechtsgeschäfte im 3. Abschnitt des Allgem. Teils verschiedene Bestimmungen aufstellt. Aufgabe der Wissenschaft ist es daher, diese beiden Begriffe zu bestimmen und damit auch deren Unterscheidungsmerkmale zu finden. Wir beschäftigen uns zunächst mit dem Begriff des Rechtsgeschäfts.

Bekannt ist, daß man sich schon vor 1900 darüber nicht einig war, was unter einem Rechtsgeschäft zu verstehen ist. Das Inkrafttreten des BGB. hat diesen Zustand nicht viel verbessern können. Eine festere Grundlage ist allerdings durch das BGB. insofern geschaffen, als sich in den Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte in gewissem Umfange der dem Gesetz zugrunde liegende Begriff wiederspiegelt.

Schier unübersehbar ist die Literatur, die sich mit dem Problem befaßt. Die verschiedenartigsten Meinungen werden vertreten. Eine Untersuchung wie diese kann an dem Streite nicht vorübergehen. Andererseits empfiehlt es sich, nicht auf alle dabei auftauchenden Fragen einzugehen, sondern in erster Linie nur auf diejenigen, die gerade für die Rechtsnatur der Aneignung von Bedeutung sind. Um welche Fragen es sich dabei handelt, wird im Laufe der Darstellung noch klargelegt werden.

Als wesentliches Element des Rechtsgeschäfts wird in der Literatur überwiegend das Vorhandensein einer Willenserklärung (W. E.) bezeichnet. Dabei wird das Verhältnis von Rechtsgeschäft und Willenserklärung zu einander so bestimmt, daß unter „Rechtsgeschäft" der Tatbestand in seiner Gesamtheit, der eine als gewollt bezeichnete Rechtswirkung hervorruft, zu verstehen ist. Dieser Tatbestand besteht entweder nur aus einer W. E. bezw. einer Mehrheit von solchen, oder aber er enthält auch noch andere Bestandteile,

die zu der W. E. hinzukommen müssen, um die Rechtswirkung hervorzurufen.

Der obige, von der Literatur vorwiegend vertretene Satz veranlaßt sofort zu 2 Fragen:

1. Was ist eine W. E.?

2. Gibt es auch Rechtsgeschäfte, die keine W. E. enthalten?

Zunächst sei die erste Frage behandelt. Die Bestandteile, aus denen sich die W. E. zusammensetzt, wird man zerlegen können in objektive und subektive. Als objektives Element ergibt sich schon aus dem Wort „Willenserklärung", daß gefordert wird die Erklärung, d. h. das Offenbarwerden, die Aeußerung eines menschlichen Willens. Nun kann zweifellos nicht jede menschliche Willensäußerung bereits eine W. E. sein. Die Frage ist also, worauf der in der Erklärung zutage getretene Wille gerichtet sein, muß, damit die Erklärung eine rechtliche sei. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei ausdrücklich betont, daß es hier lediglich darum handelt, festzustellen was für einen Willen die Erklärung als vorhanden bezeichnet. Ob dieser (erklärte) Wille auch tatsächlich vorhanden ist, spielt zunächst keine Rolle.

Ueber die Richtung des erklärten Willens streiten sich zwei Meinungen. Die eine behauptet, der Wille müsse gerichtet sein auf einen Rechtserfolg. Der Kürze halber wird diese Ansicht im folgenden als Rechtsfolgetheorie bezeichnet. Demgegenüber behaupten verschiedene, es genüge das Erstreben eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Zweck. Vertreten wird diese Ansicht von Breit,[1] Danz,[2] Ehrlich,[3] Isay,[4] Kohler[5] und Lenel.[6] Man weist darauf hin, daß bei Geschäften des täglichen Lebens wohl selten an den Rechtserfolg gedacht werde. Lediglich der wirtschaftliche Zweck spiele eine Rolle. Im folgenden soll besonders die Ansicht Breit's näher ausgeführt werden.

Dieser Schriftsteller meint, es sei unbestreitbar, daß die große Menge tagtäglich Rechtsgeschäfte vornehme, ohne dabei an die Rechtsfolgen zu denken.[7] Wenn Käufer und Verkäufer wirklich die Rechts-

1) Geschäftsfähigkeit S. 127 ff.
2) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 7 ff.
3) Die stillschw. Will. Erkl. S. 2 ff.
4) Die W. E. im Tatbestande des Rechtsgesch. S. 82.
5) Das Autorrecht in Jher. J. Bd. 18 S. 155 ff.
6) In Jher. J. Bd. 19 S. 164 ff.
7) a. a. O. S. 129.

folgen wollten, d. h. also Erwerb bezw. Verlust des Eigentums, so müßte ihnen doch gerade das Wort „Eigentum" ins Bewußtsein steigen; denn diesem Worte entspreche keine vorstellbare Erscheinung. Unzweifelhaft sei dies aber nicht der Fall. Der Wille des Derelinquenten, der sich des Eigentumsverlustes **bewußt** werde, liege schon jenseits des für das Rechtsgeschäfts notwendigen Wollens.

Breit wendet sich ferner gegen die Ansicht gewisser Rechtsfolgetheoretiker, welche meinen, die erforderliche Willensrichtung könne vorhanden sein, ohne daß das Wollen der Rechtsfolge als solcher ins Bewußtsein trete. Man könne doch nur etwas wollen, worüber man sich bewußt gewesen sei. Die Rechtsfolgetheorie führe aber zur Annahme eines unbewußten Willens und damit zu einer Fiktion.[1] Trotzdem somit für das Rechtsgeschäft das Wollen der Rechtsfolge nicht notwendig sei, dürfe doch das Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Willens nicht aufgegeben werden. „Das, worauf es allein ankommt, ist doch die Erkenntnis, daß — immer im normalen Falle — der Okkupant, der Käufer usw., um das Eigentum zu erwerben, eben das wollen muß, was etwa der Spezifikant beim Eigentumserwerb nicht zu wollen braucht."[2]

Soweit Breits Ausführungen. Es kann ihnen nicht zugestimmt werden. B. geht davon aus, daß, wer bei der Eigentumsübertragung nicht an das Wort „Eigentum" denke, auch den Erwerb bezw. Verlust des Eigentums nicht wollen könne. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß eine Rechtsfolge nur gewollt werden könne, wenn man sich ihrer juristischen Konstruktion bewußt sei. B. verkennt, daß unsere juristischen Begriffe nicht bloße Worte sind, daß hinter ihnen vielmehr ein bestimmter Sinn fehlt. Wer diesen Sinn will, der will auch das Wort. Wer z. B. das ausschließliche Recht auf eine Sache, das alleinige Habendürfen dieser Sache erstrebt, der will auch das Eigentum.

Allerdings muß zugegeben werden, — und hiermit komme ich zu dem zweiten Einwand B.'s vom unbewußten Willen — daß besonders bei Sachen geringeren Wertes auch an dieses Habendürfen im allgemeinen nicht gedacht wird. Um die Annahme eines unbewußten Willens scheint also die Rechtsfolgetheorie nicht herumzukommen. Eigenartig ist jedoch, daß auch die Theorie vom wirt-

1) S. 130 f.
2) S. 131.

schaftlichen und gesellschaftlichen Zweck an dieser Annahme scheinbar nicht vorbeikommt. Der Kaufmann, der in dem von Kunden überlaufenen Geschäft seine Verkäufe tätigt, tut dies schließlich ganz mechanisch. Würde man ihn fragen, was er bei jedem einzelnen Kauf gedacht habe, er müßte es selbst kaum zu sagen.[1] Hier von einem Wollen des wirtschaftlichen Zwecks zu sprechen, würde, wenn man sich streng an die Ausführungen B.'s hält, verfehlt sein. Trotzdem wird man nicht daran zweifeln können daß hier ein Rechtsgeschäft vorliegt.

Augenscheinlich liegt in dem Gedanken des unbewußten Willens ein richtiger Kern. Daran muß allerdings festgehalten werden, das ein ganz unbewußtes Wollen wohl ein Widerspruch in sich selbst ist. M. E. ist die Lösung darin zu suchen, daß es sich in Fällen wie den oben erwähnten nicht so sehr um unbewußtes, als vielmehr um unklares, aber doch in gewissem Umfange vorhandenes Wollen handelt. Man tut den Tatsachen keinen Zwang an, wenn man sagt, jener Kaufmann habe, wenn auch in unklarer Vorstellung, den wirtschaftlichen Zweck gewollt und wenn man weiterhin sagt, er habe, wenn auch wiederum in unklarer Vorstellung, die Eigentumsübertragung, den Rechtserfolg gewollt.[2]

Wohin die Meinung B.'s führt, das zeigt sich am besten an seinen weiteren Ausführungen über die Frage, wodurch sich nun eigentlich der rechtsgeschäftliche Wille von dem sonstigen Willen unterscheidet. Er muß davon ausgehen, daß für den Rechtserfolg verschiedene Arten von Willen genügten. Das Rechtsgeschäft setze überhaupt kein Wollen der eintretenden Rechtsfolge voraus, es genüge schon, wenn überhaupt ein rechtlicher Wille vorhanden sein müsse. Ein Merkmal dafür, welche von den verschiedenen Willensarten für das betr. Rechtsgeschäft genügend sei, lasse sich nicht finden. Hier müsse eben der Richter im einzelnen Falle entscheiden. — Nun zeigt dieses Ergebnis am besten, wie sehr sich das Fehlen eines einheitlichen Maßstabes bemerkbar macht. Durch die Ablehnung der Rechtsfolgetheorie ist der Unterschied zwischen den rechtlichen Erklärungen und den sonstigen menschlichen Willensäußerungen

---

1) ähnlich Henle, Vorst.- u. Willenstheorie S. 293.

2) Einen ähnlichen Erklärungsversuch macht Manigk Irrtum und Auslegung S. 133 Man beobachte auch bei unjuristischen menschlichen Aeußerungen, daß bei dem Rückschluß aus der Aeußerung auf die zugrunde liegenden Vorstellungen immer eine Entfaltung des in der Aeußerung eingeschlossenen Gedankeninhalts stattfinde.

verloren gegangen. Der Richter soll jetzt entscheiden. Wie er das tun soll, wenn es kein Unterscheidungsmerkmal gibt, darauf muß uns B. natürlich die Antwort schuldig bleiben. Die Bemerkung B.'s, der Wille müsse das psychologische Korrelat der typischen Rechtsform bilden,[1] läßt sich jedenfalls zur Unterscheidung von rechtlichem und nichtrechtlichem, für die Rechtsfolgen genügendem und nicht genügendem Willen nicht verwenden.[2]

Stichhaltige Gründe kann also B. gegen die richtig verstandene Rechtsfolgetheorie nicht anführen. Auch die übrigen, bereits oben erwähnten Anhänger der Theorie vom wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zweck vermögen dies nicht.[3]

Für die Rechtsfolgetheorie spricht nun der herrschende Sprachgebrauch des 19. Jahrhunderts, die Definition der Motive[4] und schließlich das Gesetz selbst, indem es häufig als Inhalt des Willens die Rechtsfolge angibt. (z. B. §§ 929, 959). So steht denn heut auch die überwiegende Meinung auf dem Standpunkt: die W. E. lautet auf einen Rechtserfolg.[5]

§ 3.

Ich wende mich nunmehr den subjektiven Erfordernissen der W. E. zu. Es handelt sich hier um die Frage, ob jedes menschliche Verhalten, das als Aeußerung eines auf eine Rechtsfolge gerichteten Willens angesehen werden kann und auch angesehen wird, bereits W. E. ist, oder ob hierzu noch andere, subjektive Elemente notwendig sind.

Einigkeit besteht darüber, daß stets vorhanden sein muß der Handlungswille, der in dem Wollen der Handlung selbst besteht. Doch ergibt sich dieses subjektive Erfordernis bereits aus dem Begriff der Handlung selbst. Eine durch vis absoluta erzwungene Körperbewegung ist keine Handlung. Eine Besonderheit der W. E. ist der Handlungswille also nicht.

---

1) S. 133.

2) ähnlich Henle, S. 274 f.

3) meist begnügen sie sich mit der bloßen Feststellung, der Parteiwille sei nur auf wirtschaftliche Zwecke gerichtet. Die einzige Ausnahme macht Lenel S. 164 ff., gegen diesen vor allem Henle S. 216 ff. und S. 300 ff.

4) Bd. 1 S. 126.

5) Dernburg. Bd. 1 § 107, II, S. 370. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit. Bd. 1 S. 148 ff. Endemann, Bd 1 § 60, 3 S. 274 ff.; Enneccerus Bd. 1, 1. Abt. § 136 II A, 1 S. 350. Flad in Plancks Komm. Bd 1, Vorbem. vor § 104 ff I, 1a S. 222 f. Henle S. 265 ff. besond. S. 29: ff. Riezler in Staudingers Komm. Bd. 1 Vorb II, 4 vor § 104 ff. S 398 unten. Tuhr Bd. 2, 1. Hälfte S. 168ff.

Ueber die anderen subjektiven Elemente der W. E. gehen die Ansichten dagegen auseinander. Von verschiedenen Schriftstellern — ihre Ansicht sei die objektive Theorie genannt — wird behauptet, falls die äußeren Umstände den Rückschluß auf einen Rechtsfolgewillen zuließen und auch rechtfertigten, so genüge das für das Vorhandensein einer W. E. Ihre Gegner — die Subjektivisten —, die das Vorhandensein eines inneren Elementes für notwendig halten, streiten untereinander wieder darum, welcher Art dieses innere Element sein müsse. Unter den Subjektivisten bilden eine besondere Gruppe diejenigen Schriftsteller, die sich mit der Frage beschäftigen, ob der W. E. die Richtung auf einen anderen — den Kundgebungsgegner — wesentlich sei oder ob jede menschliche Willensäußerung genüge. Diese Frage ist für die vorliegende Untersuchung von besonderer Wichtigkeit, da der Aneignungshandlung die Beziehung auf einen Kundgebungsgegner im allgemeinen fehlt und es somit zweifelhaft erscheint, ob die Aneignung etwa aus diesem Grunde keine W. E. ist. Das genannte Problem wird daher in einem besonderen Paragraphen behandelt werden.

Läßt man die eben erwähnte Gruppe aus dem Streit über die subjektiven Elemente der W. E. heraus, so ergibt der Stand der Meinungen folgendes Bild: Vertreten wird die objektive Theorie von Danz,[1] Henle,[2] Hölder,[3] Jacobsohn,[4] Isay,[5] Schloßmann,[6] Wedemeyer[7] u. a. Als W. E. wird — meist im Anschluß an Isay — bezeichnet „das Verhalten einer Person, welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet",[8] wobei Isay noch hinzufügt;[9] „und bei welchem sie sich dieser Schlüssigkeit bewußt war oder bewußt sein mußte."

Die weitaus meisten Schriftsteller sind Anhänger der subjektiven Theorie.[10] Gefordert wird im allgemeinen das tatsächliche Vor-

1) S. 14 ff.
2) S. 152.
3) In Iher. J. 55 S. 428 ff.
4) ebenda Bd. 56. S. 348 ff. besonders S. 367.
5) S. 24 ff.
6) We und Rechtsgeschäft S. 15 ff.
7) Der Abschluß eines oblig. Vertrages S. 122 ff.
8) So Danz S 14; Planck, 3 Aufl. Bd. 1, Vorbem. I 3 Abs. 1 vor § 116 ff. S. 208.
9) S. 26.
10) Breit, Geschäftsfähigke t S. 76 ff. Bitzbacher, besond. S. 140. Enneccerus Bd. 1 § 136 II A 3 S. 352. Landsberg, Das Recht des BGB. 1. Bd. S. 54 S. 187 f. Mantgk, W E. und Willensg. S. 188. Oertmann, Komm. Bd 1 Vorbem. 9, S. 307 f.

handensein des Rechtserfolgswillens bezw. das Bewußtsein einer Person, daß aus ihrem Verhalten auf einen Rechtsfolgewillen geschlossen werden könne. Wesentlich geringere Erfordernisse stellt Tuhr[1] auf, indem er fordert „das Bewußtsein, eine Mitteilung irgendwelcher Art zu machen." Nicht notwendig sei also das Bewußtsein des rechtserheblichen Charakters einer Handlung.

Die Streitfrage ist für die vorliegende Untersuchung kaum von Bedeutung. Auch die Vertreter der objektiven Theorie verkennen nicht, daß regelmäßig dem erklärten Willen ein innerer Wille, der sogen. Geschäftswille entspricht. Die Entscheidung des Falles, daß sich ein Verhalten rein objektiv als Aeußerung eines Aneignungswillens darstellt, während in Wirklichkeit ein solcher Wille gar nicht vorhanden ist, ist für die Untersuchung der Rechtsnatur der Aneignung ohne Belang. Eine eingehende Würdigung der aufgeführten Ansichten erübrigt sich daher. M. E. ist für eine W. E. begrifflich wesentlich das Vorhandensein eines Rechtsfolgewillens bezw. das Bewußtsein einer Person, daß aus ihrem Verhalten auf das Vorhandensein dieses Willens geschlossen werden könne. Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch an ein Verhalten, das sich nur objektiv als eine W. E. darstellt, auf Grund des das BGB. beherrschenden Vertrauensprinzips Rechtsfolgen geknüpft werden, gleich als ob eine, wenn auch fehlerhafte, so doch tatsächlich vorhandene W. E. vorläge.[2]

§ 4.

Wie bereits oben hervorgehoben, ist nunmehr das Verhältnis von W. E. und Willensäußerung zu untersuchen. Die weitaus meisten Schriftsteller identifizieren beide. Als Begründung wird hingewiesen auf die Rechtssprache des 19. Jahrhunderts, die Motive und Protokolle, denen ein Unterschied zwischen W. E. und Willensäußerung unbekannt sei.[3] Ein zweifellos nicht unbeachtlicher Grund, der aber nicht zwingend ist. Es steht ihm entgegen, daß man bei der Auslegung eines Begriffes nur an das Gesetz gebunden ist. Dieses Gesetz stellt aber eine Begriffsbestimmung der W. E. nicht auf und läßt somit für eine anderweitige Festlegung, die evtl. auch von dem Standpunkte der Motive und Protokolle abweicht, freien Raum.

1) 2. Bd. 1. Hälfte § 61 I, 1b S. 404.

2) Uebereinstimmend Manigk, Irrtum und Auslegung S. 96 ff., z. B. S. 111, 115.

3) Dernburg, Bd. 1 § 106 S. 366; Enneccerus Bd. 1, 1. Abt. § 136, IIa S. 352.

Weiterhin wird geltend gemacht, das BGB. gebe für die große Gruppe von bloßen Willensäußerungen, die dann entstehen würde, keine besonderen Vorschriften; solche seien doch aber unbedingt notwendig.[1] — Dazu ist zu sagen, daß ja die Grenzlinie zwischen W. E. und bloßen Willensäußerungen nicht bei allen Schriftstellern, die einen Unterschied zwischen W. E. und bloßen Willensäußerungen annehmen, ein und dieselbe ist. Insbesondere wäre doch zumindesten erst die Frage zu prüfen, ob denn unter die bloßen Willensäußerungen alle bisher als nicht empfangsbedürftige (n. e.) W. E. bezeichneten Willensäußerungen fallen würden. Lassen sich nämlich unter den zu findenden Begriff der W. E. auch die meisten Handlungen unterordnen, die bisher als n. e. W. E. angesehen wurden, so macht sich das Fehlen besonderer Gesetzesbestimmungen über die bloßen Willensäußerungen nicht bedeutsam bemerkbar. Dieses Argument hat also nur Bedeutung für die Grenzlinie zwischen W. E. und bloßer Willensäußerung, beweist aber für die Frage, ob jede Willensäußerung auch W. E. ist, nichts.

Es wird ferner gesagt, auf die bloßen Willensäußerungen müßten verschiedene Vorschriften über W. E., insbesondere über Irrtum und Drohung angewendet werden. Man müsse doch die Aufgabe des Eigentums an einem für Glas gehaltenen, weggeworfenen Diamanten anfechten können.[2] — Dazu ist ähnliches zu sagen wie zu dem soeben angeführten Grunde. Es steht ja noch garnicht fest, daß bei Annahme der gegenteiligen Ansicht die Eigentumsaufgabe immer blosse Willensäußerung ist. Außerdem müßte doch zum mindesten untersucht werden, ob bei den bloßen Willensäußerungen ein solcher Irrtum völlig bedeutungslos sein würde.

Einen zwingenden Beweis für die Behauptung, jede Willensäußerung sei W. E., vermag also die herrschende Lehre nicht beizubringen. Es sei daher untersucht, ob die gegenteilige Ansicht bessere Gründe vorzubringen hat. Dabei muß zunächst betont werden, daß sich die Anhänger dieser Ansicht — vertreten wird sie insbesondere von Flad,[3] Hellmann,[4] Leonhard,[5] Manigk[6] und

1) Enneccerus § 136 II a 2 S. 352.
2) Enneccerus a. a O.
3) In Plancks Komm. Bd. 1, Vorbem. 1 vor § 116, S. 263 f.
4) In Iher. J. Bd. 42 S. 413 ff.
5) Der allg. Teil S 256.
6) W. E. und Willensgeschäft S. 305 ff.

Schneider[1] — untereinander über das Unterscheidungsmerkmal nicht einig sind. Die umfangreichste und wohl auch beste Beweisführung findet sich bei Manigk. Dieser Schriftsteller behauptet, W. E. sei nur die mit Kundgebungsbewußtsein erfolgende Willensäußerung. Aus den §§ 116 ff ergebe sich das Erfordernis des Kundgebungszwecks. Dabei ist unter „Kundgebungszweck" zu verstehen der Wille bezw. das Bewußtsein, den Geschäftswillen nach außen hin kundzutun. Die Richtigkeit dieser Behauptung soll im folgenden untersucht werden[2]:

§ 116 bestimmt: „Eine W. E. ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen." Der zweite Satz von § 116 behandelt einen Sonderfall von Satz 1. — Man kann sich nur dann etwas insgeheim vorbehalten, wenn man das, was man erklärt hat, auch nach außen hin hat kundtun wollen. Der Grundgedanke von § 116 ist der, daß der Erklärende andere über seinen wahren Willen hat täuschen wollen. § 116 setzt somit den Kundgebungszweck voraus.

§ 117 regelt das Scheingeschäft. Wie sich aus Abs. 1 dieses Paragraphen ergibt, handelt es sich dabei nur um W. E., die einem anderen gegenüber abzugeben sind. Wer aber einem anderen eine Erklärung abgibt, der hat auch notwendigerweise den Kundgebungswillen bezw. das Kundgebungsbewußtsein.

§ 118 bestimmt: „Eine nicht ernstlich gemeinte W. E., die in der Erwartung abgeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig." — Eine derartige Erwartung ist nur möglich, wenn der Erklärende überhaupt etwas nach außen hin hat kundtun wollen. Ist letzteres beim Erklärenden nicht der Fall, dann kann auch nicht die Erwartung vorhanden sein, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden.

Bei § 119 könnte der Kundgebungszweck aus dem Worte „Abgabe" gefolgert werden. Denn gewöhnlich versteht man unter „abgegebenen" Erklärungen nur solche, über deren Kundgabe nach außen man sich bewußt ist. Allein es erscheint zweifelhaft, ob eine

1) Im Arch. f. bürg. R Bd. 42 S. 277.

2) Vgl dazu Manigk, a. a O. S. 178 ff. Die folgende Untersuchung unterscheidet sich besonders dadurch von der Manigk's, daß hier nur die Notwendigkeit des Kundgebungszwecks geprüft wird. M hingegen benutzt die §§ 116 ff. gleichzeitig dazu zu dem Streite zwischen Willens- und Erklärungstheorie Stellung zu nehmen Auf diese weitere Beweisführung konnte hier verzichtet werden, da auf die dabei in Betracht kommende Frage bereits eingegangen wurde

derartige Auslegung im Sinne des Gesetzes liegt. Es ist sehr wohl möglich, daß das Gesetz unter den Erklärungen in § 119 auch die sogenannten fahrlässigen W. E. verstanden wissen will.[1] Ob zur W. E. der Kundgebungszweck gehört, läßt sich somit aus § 119 nicht mit Sicherheit erkennen.

Dasselbe muß auch von § 120 und § 123 gelten. Allerdings muß hervorgehoben werden, daß § 120 in hohem Maße für den Kundgebungszweck spricht. Eine entgegengesetzte Auslegung lassen die Worte: „wer zur Uebermittlung einer W. E. eine Person oder Anstalt verwendet" kaum zu. Immerhin mag zugegeben werden, daß auch hier Zweifel möglich sind.[2]

Die Prüfung der Vorschriften über die Willensmängel ergibt, daß in verschiedenen der angeführten Paragraphen der Willensäußerung der Kundgebungszweck innewohnen muß. Manigk hat hieraus den Schluß gezogen, daß dieser Kundgebungszweck nicht bloß bei den §§ 116 ff, sondern überhaupt bei allen W. E. notwendig sei. Völlig ohne Bedenken erscheint diese Argumentation nicht. Immerhin spricht für Manigk, daß dieser — anders als die herrschende Ansicht — sein Ergebnis unmittelbar aus dem Gesetz gewinnt und gerade bei dem Angelpunkt der Bestimmungen über die W. E., bei der Lehre von den Willensmängeln, dem Kundgebungszweck nachzuweisen in der Lage ist. Seine Folgerung wird daher als richtig angesehen werden können.[3] Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die für die W. E. aufgestellte Forderung des Kundgebungszwecks mit keiner Gesetzesbestimmung in Widerspruch gerät. Es kann schon jetzt festgestellt werden, daß unmittelbar ein solcher Widerspruch nicht besteht.

Daraus, daß nur Willensäußerungen mit Kundgebungszweck W. E. sind, ergibt sich, daß es auch Willensäußerungen gibt, die keine W. E. sind. Letztere seien im folgenden Willensbetätigungen genannt. Die Grenze zwischen W. E. und Willensbetätigung wird nunmehr näher untersucht werden müssen. Aus dem Erfordernis des Kundgebungszwecks ergibt sich nämlich nicht ohne weiteres die Antwort auf die oben[4] gestellte Frage, ob der W. E. die Richtung

1) So jetzt Manigk, Irrtum und Auslegung. S. 112.

2) Gegen die Folgerung des Kundgebungszwecks aus § 120 jetzt sogar Manigk, Irrt. S. 112

3) Auch Flad in Plancks Komm. Bd. 1 Vorbem. 1 vor § 116 S. 263 stellt für die W. E das Erfordernis des Kundgebungszwecks auf. Ebenso Oertmann Bd. 1, S. 312.

4) S. 13.

auf einen anderen wesentlich ist. Die Untersuchung dieser Frage ist ferner noch aus einem anderen Grunde von Wichtigkeit. Manigk, der entschiedenste Anhänger der Lehre, daß für die W. E. der Kundgebungszweck erforderlich sei, zieht nämlich aus dieser Ansicht die Folgerung, daß es keine nicht empfangsbedürftigen (n. e.) W. E. gebe. Er gerät damit in einen wohl unumgänglichen Widerspruch mit dem Gesetz, das an den verschiedensten Stellen klar erkennen läßt, daß es auch W. E. gibt, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind. (vgl. z. B. §§ 122, 123 Abs. 2 143 III, IV). Würde sich nun ergeben, daß die von Manigk aufgestellte Behauptung notwendige Folgerung aus dem Erfordernis des Kundgebungszwecks ist, so würde dies unbedingt die Richtigkeit des soeben gewonnenen Satzes erschüttern. Denn das aus dem Gesetz gewonnene Erfordernis des Kundgebungszwecks stünde dann doch, wenn auch nur mittelbar, in Widerspruch mit dem Gesetz. Es erscheint daher notwendig, näheres über den Kundgebungszweck auszuführen.

Der Wille bezw. das Bewußtsein, einen Geschäftswillen nach außen hin kundzutun, kann nur dann vorhanden sein, wenn mit der Handlung zugleich eine Beziehung des Willens zu anderen Personen gegeben ist. Für viele Fälle zutreffend bemerkt Oertmann[1] hierzu: „Es hat Sinn, bei der Dereliktion und Okkupation einerseits einen auf den äußeren Tatbestand, andererseits einen auf den Rechtserfolg gerichteten Willen zu erfordern, aber nicht einen dazwischen liegenden Willen oder Bewußtsein davon, was Dritte aus dem Tun für einen Schluß ziehen." Die Beziehung des Willens zu anderen Personen kann nun entweder eine zu einem mehr oder minder bestimmten Erklärungsgegner sein, es kann aber auch eine solche zu der Allgemeinheit sein. Die letztere Art der W. E. erfüllt gleichfalls alle Merkmale der W. E. So liegt z. B. eine W. E. im Falle der Auslobung vor. Keine W. E. ist es dagegen, wenn jemand den Besitz einer Sache unter Umständen aufgibt, aus denen ein Außenstehender den Eindruck gewinnt, der Betreffende habe die Sache verloren, während dieser in Wirklichkeit den Eigentumsaufgabewillen gehabt hat.

Die W. E. gegenüber einem anderen sind von denen gegenüber der Allgemeinheit wesensverschieden. Bei jenen sind Interessen-

1) Bd. 1 S. 312.

ten vorhanden, bei diesen nicht, da man die Allgemeinheit als Interessenten nicht bezeichnen kann. Schon daraus ergeben sich Bedenken, sie beide unter der einen Gruppe der e. W. E. zu vereinigen.

Manigk allerdings versucht einen Ausweg. Er faßt einen großen Teil der W. E. an die Allgemeinheit. als W. E. ad incertam personam auf und reiht sie damit in die Gruppe der W. E., die einem anderen gegenüber abzugeben sind, ein. So liegt nach seiner Ansicht dann eine W. E. vor, wenn sich der Derelinquent sagte, daß die Materialien seiner Fabrik als preisgegeben von einem dritten Interessenten angesehen werden würden, da sie etwa im Hofraum beiseite geworfen worden sind. Der Finder und Besitzer sei dann als Erklärungsgegner zu schützen.[1] — Der Ausweg Manigks muß abgelehnt werden. Wer das Eigentum in einer der Allgemeinheit verständlichen Weise aufgibt, dem ist regelmäßig die spätere Okkupation gleichgültig. Folglich wird er auch nicht an einen etwaigen Okkupanten oder sonstigen Interessenten denken. Es wäre aber doch sehr auffallend, wenn erst das zufällige Vorhandensein dieses Gedankens sein Verhalten zur W. E. machen würde. Die Bedenken gegen die Ansicht, auch die W. E. an die Allgemeinheit als e. aufzufassen, werden noch dadurch verstärkt, daß ja, wie besonders aus § 130 hervorgeht, die gesetzliche Gruppierung garnicht auf die Empfangbedürftigkeit abstellt, sondern auf die Richtung der W. E. zu anderen Personen.[2] Ist dies aber der Fall, dann ergibt sich zwangsläufig, daß die W. E. gegenüber der Allgemeinheit nur zu den sogenannten n. e. W. E. gerechnet werden können, denn gerade durch die Richtung unterscheiden sie sich ja von den W. E. gegenüber einem Interessenten. Die Willensäußerungen ohne Richtung auf andere, also ohne Kundgebungszweck können nicht die n. e. W. E. bilden, da sie überhaupt keine W. E. sind.[3]

Damit ist der scheinbare Widerspruch des Kundgebungszwecks mit dem Gesetz beseitigt. Die Gruppe der W. E., die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind, bleibt auch bestehen, wenn man

1) W. E. S. 562.
2) so auch Tuhr § 61 III S. 428.
3) ähnlich Tuhr § 61 V S. 453 f; Eltzbacher S. 142; z. Tl. auch Crome, Bd. 1 § 88 S. 390 gegen die Ansicht Manigks, aus dem Kundgebungszweck folge, daß es n. e. W. E. nicht gebe, auch Flad in Plancks Komm. Bd. 1 Vorbem. 1 vor §§ 116 ff. S. 263, 264; Oertmann. Bd. 1, Vorbem. vor § 104, S. 312.

für die W. E. den Kundgebungszweck als begrifflich notwendig hinstellt.

Zum Schluß der Untersuchung über die W. E. seien die gewonnenen Sätze kurz zusammengefaßt: Die W. E. setzt voraus eine auf Privatrechtsfolgen lautende Aeußerung eines menschlichen Willens. Erforderlich ist ferner das tatsächliche Vorhandensein eines auf Rechtsfolgen gerichteten Willens oder das Bewußtsein davon, daß aus der Aeußerung auf einen solchen Willen geschlossen werden könne. Eine Willensäußerung, die diesen Erfordernissen entspricht, ist W. E., wenn außerdem der Kundgebungszweck vorhanden ist. Fehlt dieser, so liegt Willensbetätigung vor.

§ 5.

Nachdem nunmehr der Begriff der W. E. festgelegt ist, bleibt jetzt noch zu untersuchen, ob die W. E. notwendiger Bestandteil jedes Rechtsgeschäftes ist. Es wurde bereits gesagt, daß die herrschende Lehre als Rechtsgeschäft bezeichnet einen Tatbestand, dessen wesentliches Element eine W. E. oder eine Mehrheit von solchen bildet und der von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtsfolge anerkannt ist.[1] Die bisherigen Ausführungen haben nun ergeben, daß ein der W. E. sehr ähnliches Gebilde, die Willensbetätigung, besteht, das sich nur durch das Erfordernis des Kundgebungszwecks von der W. E. unterscheidet. Auch an solche Willensbetätigungen knüpft das Gesetz mitunter Rechtsfolgen, die auf einen entsprechenden Willen des die Willensbetätigung Vornehmenden zurückzuführen sind. Als Beispiel dafür sei die Eigentumsaufgabe gem. § 959 angeführt, die vielfach durch Willensbetätigung erfolgt. Es liegt nahe, derartige Tatbestände gleichfalls als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen.

Dagegen wird besonders von Dittenberger[2] geltend gemacht, solche Fälle müßten zu den Rechtshandlungen gezählt werden, da ja keine W. E. vorhanden sei. Wenn man auch solche dem Rechtsgeschäften nahe stehenden Tatbestände, die durch bloße Willensbetätigung zustandekommen — sie seien im folgenden im Anschluß an Manigk „Willensgeschäfte" genannt — zu den Rechtsgeschäften

1) So z. B. Enneccerus § 136, II S. 349.

2) Der Schutz des Kindes S. 50 ff.

rechne, so führe dies zu einer Zweiteilung der Rechtsgeschäfte in Willens- und Erklärungsgeschäfte. Diese Zweiteilung sei deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Willensgeschäfte anders zu behandeln seien als die übrigen Rechtsgeschäfte. Ohne Bedeutung sei es hierbei, daß ein großer Teil der Vorschriften über die W. E. auf die Willensgeschäfte analoge Anwendung finde. Dies sei ja auch bei vielen anderen Rechtshandlungen der Fall. Es sei daher richtiger, die Willensgeschäfte aus der Gruppe der Rechtsgeschäfte herauszunehmen.

Bei der Würdigung der Ansicht Dittenbergers ist von dem Unterschiede zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung auszugehen.[1] Soll die Unterscheidung eine mehr oberflächliche sein, dann ist allerdings die Ansicht des genannten Schriftstellers richtig. Soll dagegen die Unterscheidung derart erfolgen, daß für die Rechtshandlungen nur diejenigen juristischen Handlungen in Frage kommen, denen die hervorstechendsten Merkmale des Rechtsgeschäfts fehlen, dann liegt die Sache anders. Die Eigenart des Rechtsgeschäfts besteht doch in der Anerkennung der Privatautonomie, also darin, daß die Rechtsordnung den auf einen Rechtserfolg gerichteten Parteiwillen als Grund für den Eintritt dieser Rechtsfolge anerkennt.[2] Daß die Handlung dem Kundgebungszweck dient, spielt dabei offenbar eine untergeordnete Rolle. Diese wesentlichen Merkmale des Rechtsgeschäfts sind aber auch bei den Willensgeschäften vorhanden. Nur soweit die unter dem Titel „Willenserklärung" stehenden Vorschriften des BGB. auf den Kundgebungszweck in der W. E. zurückzuführen sind,[3] können diese Vorschriften auf die Willensgeschäfte nicht angewendet werden. Die Ansicht D.'s würde somit abzulehnen sein, wenn man den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung auf die zu zweit erwähnte Weise bestimmt.

Richtiger ist unbedingt die letztere Art der Unterscheidung, weil sie ja nach höheren Gesichtspunkten erfolgt. Die Willensgeschäfte sind demgemäß gleichfalls den Rechtsgeschäften zuzuzählen.

Zum Schluß sei eine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts gegeben: Es ist ein Tatbestand, dessen wesentliches Element in einer W. E. oder in einer Willensbetätigung besteht und der von der

1) v.rgl. zum folgenden auch Manigk, W. E. § 155 S. 644 ff.

2) so z. B. Enneccerus § 136 I S. 348 f.; Manigk W E § 153 am Anf; Oertmann Bd. 1. Vorbem. vor § 104, S 296 unter 3; von Tuhr § 50 I S. 143 f.

3) Hierhin gehören also besonders die §§ 116 ff. vgl dazu Manigk, W. E., S. 554 ff.

Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der gewollten Rechtswirkung anerkannt ist. Inwieweit bei diesem Tatbestand subjektive Bestandteile vorhanden sein müssen, ergibt sich aus den Begriffen W. E. und Willensbetätigung.

§ 6.

II.

Was unter einem Rechtsgeschäft zu verstehen ist, ist somit klargelegt worden. Notwendig ist es nunmehr, näheres über die Rechtshandlungen selbst zu erfahren. Ihr Begriff steht ja fest, insofern als wir zu ihnen alle dem Privatrecht angehörenden, erlaubten juristischen Handlungen zählen, die nicht Rechtsgeschäfte sind. Dagegen wissen wir noch nicht, wie die Rechtshandlungen zu behandeln sind. Denn ausdrückliche Bestimmungen über sie hat ja das BGB. nicht aufgestellt. Zudem fallen unter die Rechtshandlungen von einander dermaßen verschiedene Arten von juristischen Handlungen, daß eine gewisse Gruppierung erwünscht, ja notwendig ist.

Die Einteilung der Rechtshandlungen ist von mehreren Schriftstellern in der verschiedensten Weise vorgenommen worden.[1] Von den dabei aufgestellten Gruppen sind es insbesondere zwei, die für die Einreihung der Aneignung unter sie in Frage kommen können. Die eine Gruppe kennzeichnet sich dadurch, daß bei ihr der Rechtserfolg an einen durch eine Handlung hervorgerufenen äußeren Erfolg geknüpft wird, ohne daß dabei an den Willen des Handelnden irgendwelche Anforderungen gestellt werden. Im Anschluß an Manigk sei diese Gruppe genannt „rein äußere Handlungen" (Enneccerus nennt sie „Realakte"). Eine solche „rein äußere Handlung" ist z. B. die Spezifikation (§ 950 BGB.) Die soeben bezeichnete Art der Rechtshandlungen hat mit den Rechtsgeschäften keinen inneren Zusammenhang. Die Vorschriften der §§ 104 ff können daher auf sie nicht angewendet werden.[2]

Das Hauptmerkmal der zweiten Gruppe besteht darin, daß sie sich aus Handlungen zusammensetzt, die Aeußerungen eines geistigen Vorgangs sind. Diese Handlungen rufen den Rechtserfolg hervor,

---

1) Eingeh nd besonders Eltzbacher S. 121 ff. besond. S. 176 ff.; Manigk, a. a. O. §§ 158 ff S. 650 ff.; Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinn; v. Interesse auch: Enneccerus § 128 III S, 328 ff.

2) Enneccerus § 128 III, 3 S. 333; Flad in Plancks Komm. Bd. 1 Vorb. 1, 2b vor §§ 104 ff. S. 224; Manigk S. 675 ff.; Klein S. 42.

ohne daß dabei der Wille — sofern der geistige Vorgang ein Wille ist — auf diese Rechtsfolge gerichtet zu sein braucht. Hauptbeispiel dieser Gruppe ist die Mahnung. Durch das Erfordernis eines geistigen Vorgangs — Wille oder Vorstellung — unterscheiden sich Handlungen dieser Art von den rein äußeren Handlungen und nähern sich den Rechtsgeschäften. Häufig wird auch bei ihnen der Wille bestehen, die Rechtsfolge, die sie hervorrufen, herbeizuführen. Der Unterschied von den Rechtsgeschäften besteht jedoch darin, daß es zur Herbeiführung des Rechtserfolges eines derartigen Willens nicht bedarf. Jedenfalls zeigt sich aber daraus, daß diese Gruppe im allgemeinen den Rechtsgeschäften ziemlich nahesteht. Die analoge Anwendung vieler Vorschriften über die Rechtsgeschäfte wird daher geboten sein.[1] Doch wird hierbei stets geprüft werden müssen, ob tatsächlich ein solcher geschäftlicher Wille notwendig ist, ferner ob die analoge Anwendung der jeweiligen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf den übereinstimmenden Charakter der beiden Willensarten gestützt werden kann. Die zweite Gruppe sei in Anschluß an Ennecerus genannt „geschäftsähnliche Rechtshandlungen".

Auf eine weitere Einteilung der Rechtshandlungen kann für die vorliegende Untersuchung verzichtet werden. Sie wäre auch ohne praktische Bedeutung.

II. Teil:

§ 7.

Die Frage, zu welcher Gruppe der juristischen Tatsachen die Aneignung gehört, hängt, wie in der Einleitung erwähnt wurde, sowohl von der Einteilung der juristischen Tatsachen in Unterarten als auch von den Erfordernissen der Aneignung ab. Der Feststellung der verschiedenen Arten der juristischen Tatsachen und ihrer Unterscheidungsmerkmale war der I. Teil dieser Arbeit gewidmet. Wir haben es nunmehr mit der Untersuchung der Merkmale der Aneignung zu tun.

1) Dies wird allgemein anerkannt. Vgl. Eltzbacher S 183; Enneccerus Bd. 1, 1. Ab. § 128 III, 2 S. 331 f.; § 194 S. 541 ff; Flad in Plancks Komm. Bd. 1' Vorbem. 1. 2a vor § 104 S. 224; Riezler in Staudingers Komm. Bd. 1, Vorbem. II, vor § 104 S 396; Nußbaum in Arch. f. bürg. R. Bd. 42. S. 190 f,: Tuhr § 48 II 1c S, 112; § 59 X, 1 S. 360, f.

Bei der Prüfung dieser Frage wird es genügen, nur nach dem Vorhandensein derjenigen Merkmale zu forschen, die für die Einreihung der Aneignung unter eine Gruppe der juristischen Tatsachen, insbesondere unter die Begriffe Rechtsgeschäft und Rechtshandlung von Bedeutung sind. Auf Grund der übrigen Merkmale könnte dieser Zweck nicht erreicht werden. Ihre Untersuchung gehört daher nicht in diese Arbeit hinein.

Hiernach ist die Prüfung folgender Fragen von Bedeutung:

1. Erfordert die Aneignung außer dem Handlungswillen (dem Wollen der Handlung selbst) noch andere subjektive Elemente?
2. Falls die erste Frage bejaht wird: Welcher Art sind diese Elemente?

Die Wichtigkeit gerade dieser Fragen erhellt aus den Unterscheidungsmerkmalen zwischen den Rechtsgeschäften und den Hauptgruppen der Rechtshandlungen, die wir in dem ersten Teile der Arbeit kennen gelernt haben. Die Prüfung der Merkmale der Aneignung wird sich demnach auf die Beantwortung der soeben hervorgehobenen beiden Fragen beschränken.

Ich beginne mit der Untersuchung der Frage, ob zur Aneignung neben dem Handlungswillen noch ein weitergehender Wille notwendig ist. § 958 bestimmt in Absatz 1: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache.“[1] Die Antwort auf unsere Frage ist in den Worten „in Eigenbesitz nimmt“ zu suchen. Wer Eigenbesitzer ist, sagt § 872, nämlich wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Unsere Frage lautet also jetzt: Ist zum Eigenbesitz ein Wille erforderlich?

Eine direkte Antwort gibt uns das Gesetz nicht. So ist es denn erklärlich, daß die Ansichten hierüber geteilt sind. Die einen behaupten, zum Eigenbesitz genüge es, daß jemand die Stellung eines Eigentümers habe. Diese Ansicht wird im folgenden die objektive Theorie genannt, weil sie es allein auf die äußeren Umstände ankommen läßt. Die überwiegende Meinung ist dagegen die, es sei erforderlich der Wille jemandes, eine Sache als ihm gehörend zu besitzen. Diese Ansicht mag als subjektive Theorie bezeichnet werden. Schließlich finden sich noch unter den Subjektivisten einzelne Schriftsteller, die behaupten, in bestimmten Fällen bestehe auch Eigenbesitz ohne Willen.

---

1) Abs. 2 ist für die Frage ohne Bedeutung

Vertreten wird die objektive Theorie von Auerbach (1), Dernburg[1] (2), Fischer (3), Friebe (4), und Rabel (5).

1) Auerbach behandelt die Frage eingehend in seiner Schrift „Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes". Den Eigenbesitz definiert er als Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums. Der Zweck der Ausübung des Eigentums. Der Zweck des Besitzes ergebe sich lediglich aus den äußeren Umständen, auf den Willen des Besitzers komme es überhaupt nicht an. Es sei unrichtig, wenn gesagt werde, nur der Mensch könne Zwecke haben. Das beruhe auf einer Verwechslung von Zweck und Absicht. So habe z. B. ein Haus den Zweck, daß es bewohnt werde. Der Zweck des Besitzes ergebe sich in erster Linie aus dem Akt, dem der Besitz seine Entstehung verdanke. Hierfür von Bedeutung sei sodann auch das äußere Verhalten des Besitzers. Bei Grundstücken ergebe sich der Zweck des Besitzes besonders aus der Eintragung. — Die Richtigkeit dieser Ansicht sei an Hand der von Auerbach beigebrachten Begründung im folgenden nachgeprüft.

a. Zugunsten seiner Theorie führt A. zunächst an, sie habe gegenüber der herrschenden Auffassung des § 872 den Vorzug, historisch gegründet zu sein.[2] Er geht dabei von der Behauptung aus, der Eigenbesitzbegriff des BGB. sei das Erzeugnis einer langen Entwicklung. Zur Bildung dieses Begriffes habe sowohl das römische wie auch das deutsche Recht beigetragen.[3] Im römischen Recht sei das hier in Frage kommende Gebilde der Eigentumsbesitz gewesen, dessen Merkmale corpus und animus domini gewesen seien. Dagegen seien für das Vorhandensein der entsprechenden deutschrechtlichen Form, der Eigengewere, lediglich objektive Merkmale maßgebend gewesen. Die geschichtliche Entwicklung sei dahin gegangen, den Willen aus dem Besitzbegriff auszuschließen. — Als Beweis dafür vermag A. jedoch nur das badische Landrecht von 1809 für sich in Anspruch zu nehmen.[4] Der code civil läßt dagegen nicht völlig klar erkennen, ob er auf dem Boden der objektiven Theorie steht.[5] Alle übrigen landesrechtlichen Kodifikationen und sonstigen Gesetzbücher dieser Zeit sprechen mehr oder

1) dessen Stellung allerdings zweifelhaft ist; vgl. unten.

2) S. 2 ff., S. 14 oben.

3) S. 19.

4) S. 9 f.

5) vgl. Art. 2228 c. c. in Auerbach S. 9.

minder klar das Erfordernis des Willens aus, so z. B. das österreichische BGB. von 1811 § 309 und das sächsische BGB. von 1863 § 186.[1] Nicht einmal das ALR. kann A., wie er selbst zugeben muß,[2] für sich in Anspruch nehmen. Und doch war gerade für dieses Gesetz das deutsche Recht von großer Bedeutung. Zudem kann bei ihm das Erfordernis des Willens nicht aus dem durch Savigny herbeigeführten „Rückschlag der Entwicklung"[3] erklärt werden. Eine derartige Tendenz, wie sie A. der Geschichte unterlegt, hat also nie bestanden, der daraus auf die Auslegung des § 872 gezogene Schluß ist somit verfehlt. — Es mag im Anschluß hieran erwähnt werden, daß auch die subjektive Theorie die geschichtliche Entwicklung nicht wird für sich in Anspruch nehmen können. Das römische und deutsche Recht sind beide für die Ausgestaltung der Bestimmungen des BGB. über den Besitz von Einfluß gewesen. Eine Auslegung, die sich nur auf das eine dieser beiden Rechte stützt, kann daher nie absolute Richtigkeit für sich in Ansruch nehmen.

b. A. meint, auch die Entstehungsgeschichte des BGB. spreche zu seinem Gunsten.[4] Der erste Entwurf stehe zwar völlig unter dem Einfluß der Lehre Savigny's vom animus domini. Dagegen bedeute der zweite Entwurf einen völligen Bruch mit dieser Lehre. Dies zeige sich auch darin, daß Strohal, dem ja die Aufnahme des Eigenbesitzes in das BGB. zu verdanken ist,. behauptet habe, der Begriff des Eigenbesitzes könne auch ohne die Lehre vom animus domini bestehen.[5] — Dem ist entgegenzuhalten, daß die angeführte Aeußerung Strohals lediglich de lege ferenda getan ist. De lege lata steht Strohal durchaus auf dem Boden der subjektiven Theorie.[6] Im übrigen sprechen sich auch die Materialien[7] gerade für das Erfordernis eines Willens aus. Die Entstehungsgeschichte des BGB. läßt sich also gleichfalls nicht zugunsten der Ansicht A.'s verwerten.[8]

c. Seite 15 f meint A., zum Besitz sei nach BGB. ein Besitzwille nicht erforderlich. Ein Wille könne also für § 872 nicht des-

1) vgl. Auerbach S. 11.
2) S. 8 f.
3) vgl. hierzu Auerbach S. 9.
4) S. 12 ff.
5) in Iher. J. Bd. 29 S. 367
6) ebenda Bd. 38 S. 13.
7) Protokolle Bd. 3 S. [illegible]: „Aus dieser Begriffsbestimmung ergebe sich dann von selbst, daß der Eigenbesitz verloren gehe, wenn der Besitzer den Besitz verliere oder den Willen aufgebe, die Sache als die seinige zu haben"; Denkschrift Seite 170.
8) ebenso wie hier auch Manigk im Arch. f. bürg. R. Bd. 25. S. 317 f.

halb gefordert werden, weil der Eigenbesitz eine Art des Besitzes sei. —Hierzu ist zu sagen: Ob zum Besitz ein Wille erforderlich ist, ist zweifelhaft und bestritten. Doch kommt es auf die Entscheidung dieser Frage garnicht an, weil kein Schriftsteller den Willen für den Eigenbesitz deshalb fordert, weil der Eigenbesitz eine Art des Besitzes ist. Der obige Einwand A.'s gegen die subjektive Theorie ist somit gegenstandslos.

Damit sind die Hauptgründe, die A. für sich anführen kann, ziemlich erschöpft. Wenn nun A. auch zwingende Beweise für die Richtigkeit seiner Ansicht nicht beizubringen vermag, so muß man doch mindestens fordern, daß seine Lehre erstens in sich völlig widerspruchslos (a) und zweitens praktisch gut verwertbar (b) ist.[1]

a. Was den ersten Punkt anlangt, so muß sich A. hier insbesondere gegen den Vorwurf verteidigen, daß es einen Zweck des Besitzes nicht gebe, Zwecke vielmehr nur der Mensch setzen könne. A. tut dies, indem er darauf hinweist, daß auch Tatsachen Zwecke hätten.[2] Die gegenteilige Ansicht beruhe auf einer Verwechselung von Zweck und Absicht. — Demgegenüber ist zu betonen, daß das BGB. selbst das Wort „Zweck" mit „Besitzer", nicht etwa mit „Besitz" verbindet (§§ 955 II, 988). Demnach hat also der Besitzer, nicht der Besitz den Zweck. A. muß hier zu der Behauptung seine Zuflucht nehmen, die Redeweise des Gesetzes sei ungenau. Es hätte eben in den genannten Paragraphen heißen müssen: „Der Träger eines Besitzes, der (nämlich der Besitz) den Zweck hat, das Recht auszuüben."[3]

Ueberhaupt kann der Satz, daß Tatsachen Zwecke hätten, nicht anerkannt werden. Hierzu bemerkt Manigk sehr richtig, daß man wohl von einem normalen Durchschnittszweck einer Sache spreche, aber nur insofern, als diejenigen Personen, die mit der Sache zu tun haben, diesen Zweck gewöhnlich im Auge haben.[4] Das Entscheidende für den Zweck ist also der (nach außen hin erkennbare) Wille eines Menschen. Methodisch unrichtig ist es nun, etwas Sekundäres (die äußeren Umstände, die Zeichen eines menschlichen Zweckes sind) als Primäres hinzustellen und das tatsächlich Primäre in den Hintergrund zu schieben. Dies tut aber A. Die objektive Theorie,

1) vgl. zum folgenden auch Manigk, a. a. O. S. 317 ff., Anwendungsgebiet S. 108 ff.
2) S. 21.
3) a. a. O.
4) Im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 25 S. 319.

mindestens in der Form, wie sie von A. vertreten wird, beruht also auf unrichtiger Grundlage, denn in ihr wird etwas als objektiv hingestellt, was in Wirklichkeit subjektiv ist.

Unzutreffend ist folgende Verteidigung A.'s: „Nähme man daher an, daß der Besitz zum Zwecke der Ausübung eines Rechtes ein Besitz verbunden mit einem Willen sei, so käme man zu dem Resultat, daß der Besitzwille ein wesentliches Erfordernis des Besitzes ist."[1] — In dem Begriffe „Besitz" ist doch noch nicht der Zweck der Ausübung eines Rechtes enthalten. Einem außerhalb eines Begriffes liegenden Element kann ich aber keine Merkmale des Begriffes entnehmen, selbst wenn jenes Element regelmäßig mit dem Begriff anzutreffen sein sollte.

A.'s Ansicht müßte schon wegen des soeben charakterisierten Grundfehlers abgelehnt werden, und es erübrigt sich eigentlich ein Eingehen auf ihren praktischen Wert. Da aber A. diesen Teil seiner Ausführungen mit Angriffen gegen die Durchführbarkeit der subjektiven Theorie verbindet, so soll auch dieses Gebiet untersucht werden. Zudem bietet sich hierbei gleichzeitig Gelegenheit, die praktische Bedeutung der objektiven und subjektiven Theorie gegeneinander abzuwägen.

b. Der praktische Wert einer Theorie zeigt sich besonders im Prozeß und bei Fallentscheidungen. Ueber die prozessuale Verwertbarkeit der objektiven Theorie ist nicht viel zu sagen. Welche äußeren Umstände hier A. für den Eigenbesitz erforderlich und ausreichend hält, wurde am Beginn der Darlegung von A.'s Ansicht bereits ausgeführt. Es bleibt noch hinzuzufügen, daß A. für bewegliche Sachen den § 1006 analog als Vermutung des Eigenbesitzes angewendet wissen will.[2]

Prozessuale Schwierigkeiten dürften sich bei A.'s Ansicht kaum ergeben. A. meint nun, daß solche Schwierigkeiten bei der subjektiven Theorie entstünden. „Wie soll denn auch das Vorhandensein bezw. Fehlen des animus domini bewiesen werden? Selbst der seiner Natur nach nur im äußersten Falle anzuwendende Eid wird nur manchmal, nicht immer helfen."[3] Wie bewährt sich also die subjektive Theorie im Prozeß?

---

1) S. 21.
2) S. 27.
3) S. 28.

Um eine Antwort auf diese Frage geben zu können, muß man zunächst einen Punkt klarstellen. Es muß nämlich von vornherein festgestellt werden, daß nach der subjektiven Theorie Eigenbesitz nur vorliegen kann, wenn der Eigenbesitzwille nach außen hin in die Erscheinung getreten ist. Das ist die übereinstimmende Meinung der Subjektivisten.[1] Mit einem inneren Willen, der nicht zur Tat geführt hat, kann die Rechtsordnung nichts anfangen. So sagt auch der R.G.R.K.:[2] „Wer sich auf den Eigenbesitz beruft, muß aus den tatsächlichen Umständen den Nachweis führen, daß die besonderen Voraussetzungen des Eigenbesitzes erfüllt sind."

Für den Beweis kommt insbesondere die causa possessionis in Frage. Im allgemeinen werden die äußeren Umstände für den Beweis ausreichen. Nur wenn ausnahmsweise dies nicht der Fall sein sollte, kommt der Eid als letzte Möglichkeit in Frage.

Die Beweislast ist im übrigen die übliche. Wer Eigenbesitz behauptet, muß ihn beweisen. Ob, falls der Besitzer beweispflichtig ist, dieser sich seine Beweisführung durch Berufung auf § 1006 erleichtern kann, ist eine Fage, die hier von untergeordneter Bedeutung ist. Mit Brodmann[3], Kober[4] und dem Reichsgerichtsrätekommentar[5] ist sie entgegen Biermann[6] wohl zu bejahen. — Besondere Schwierigkeiten dürften sich also auch bei der subjektiven Theorie im Prozeß kaum ergeben.

Der praktische Wert der objektiven und subjektiven Theorie ist nunmehr noch an Hand einzelner Fälle zu untersuchen:

1. Fall. Der Besitzer eines Grundstücks ist nach den tatsächlichen Umständen als Eigenbesitzer unzweifelhaft anzusehen. Um sich der Haftung aus § 836 zu entziehen, behauptet er im Prozeß, er habe nicht den animus domini, sei also Fremdbesitzer des Grundstücks. — A.[7] benutzt dieses Beispiel, um die Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie darzutun. Die Entscheidung ist aber nach

---

1) Teilweise abweichend ist die Ansicht Manigks. M. hielt zunächst — Anw S 99 ff. — das bloße Vorhandensein des Willens für genügend. Später — W E S. 439, ff. — forderte er daß der Wille zu einer Handlung geführt haben müsse. Die hier vertretene Ansicht geht darüber noch hinaus, in dem sie verlangt, daß aus der Tat der Rückschluß auf den Willen möglich sein muß, daß die Tat also als Indiz f. d. Willen verwendet werden kann.

2) Bd 2, Bem. 1 Abs. 2 zu § 872 S 29; vgl. auch R. G. Z 54 S. 135.

3) in Plancks Komm. Bd. 3 Bem. 3 zu § 872 S. 100.

4) in Staudingers Komm Bd. 3 Tl. 1 Bem 5c zu § 872 S. 83.

5) Bd. 2, Bem. 2 zu § 1006 S. 317: „Allerdings braucht der Besitzer den Eigenbesitz nicht zu beweisen, vielmehr wird er kraft einer Vermutung zunächst als Eigenbesitzer angesehen.

6) Komm. Bd. 3 Bem. 3 zu § 872 S. 57.

7) S. 27.

dieser Theorie die gleiche wie nach der objektiven. Die Berufung auf den Willen nützt dem Grundstücksbesitzer nichts, da er sich nicht auf Indizien für das Fehlen des animus domini berufen kann.[1]

2. Fall. Jemand verwechselt ein ihm verpfändetes Opernglas mit seinem eigenen und benutzt es im Theater. Nach der objektiven Theorie liegt Eigenbesitz vor. Nach der subjektiven Theorie kann sich der Pfandgläubiger als Beweis für das Fehlen des animus domini auf die Verwechslung berufen und Indizien hierfür angeben.[2] Er ist also Fremdbesitzer. Die Entscheidung nach der subjektiven Theorie erscheint richtiger, da sie der Billigkeit entspricht.

3. Fall. Die äußeren Umstände lassen sowohl den Schluß auf Eigen- wie auch Fremdbesitz zu. Nach A. liegt Eigenbesitz vor, da der Besitz sich nicht auf ein Verhältnis gründet, das offensichtlich bestimmt ist, einen Fremdbesitz zu schaffen.[3] An diesem Beispiel zeigt sich am besten, wie sehr sich der oben gerügte Grundfehler von A.'s Theorie rächt. Die Entscheidung ist völlig unbefriedigend falls der Eigenbesitzwille fehlt.

Diese Fälle zeigen mit genügender Deutlichkeit, daß die objektive Theorie zu ungesunden Ergebnissen führt. Das gleiche trifft für die — richtig verstanden — subjektive Theorie nicht zu.

Es ergibt sich somit: Im Prozeß verursacht auch die subjektive Theorie keine besonderen Schwierigkeiten. Bei Fallentscheidungen ist sie gegenüber der objektiven entschieden vorzuziehen. Die Frage nach dem praktischeen Wert der beiden Theorien ergibt somit ein deutliches Plus für die subjektive Theorie.

Damit sei die Prüfung der Ansicht A.'s abgeschlossen. Es hat sich gezeigt, daß er Beweise für seine Theorie nicht anführen kann, ferner daß die subjektive Theorie praktisch besser ist als die seinige. Der entscheidende Fehler seiner Ansicht ist darin gefunden worden, daß A. etwas, was nur sekundär von Bedeutung ist, als primär hinstellt. In diesem Grundfehler ist die Wurzel erkannt worden für die ungesunden Ergebnisse, zu denen seine Theorie führt.

---

1) ähnlich Manigk im Arch. f. bürg. R. Bd. 25, S. 322.

2) ebenso Manigk a. a. O. S. 320 f.

3) S. 23. .

2. Als fernerer Vertreter der objektiven Theorie wurde Dernburg angeführt. Dabei wurde hinzugefügt, daß sein Standpunkt zweifelhaft ist. Diese Behauptung muß zunächst hier näher begründet werden.

An einer Stelle[3] behauptet D., für § 872 genüge es, daß jemand die Stellung eines Eigentümers einnehme. In § 111[4] meint er dagegen, die Aneignung setze voraus Besitzerwerb und Absicht der Aneignung. Da eine derartige Absicht in § 958 nicht ausdrücklich gefordert wird, so kann sie nur aus § 872 abgeleitet sein. An dieser Stelle wird also für den Eigenbesitz ein subjektives Element als notwendig hingestellt. Folgerichtig meint D. an der gleichen Stelle:[5] „Die Aneignung ist ein Rechtsgeschäft, mindestens aber rechtsgeschäftliche Rechtshandlung."

Offenbar liegt hier ein Widerspruch vor, und es bleibt unklar, welches der eigentliche Standpunkt D.'s ist. Sollte er tatsächlich auf dem Boden der objektiven Theorie stehen, so läßt sich gegen ihn — ähnlich wie gegen Auerbach — einwenden, daß der äußere Sachverhalt allein nie entscheidend ist, sondern nur insofern von Bedeutung, als er den Rückschluß auf einen bestimmten Willen gestattet.

3. Fischer[1] äußert sich über die Frage folgendermaßen: „Als ihm gehörend besitze", wer zum Zwecke der Ausübung des Eigentums besitze. Es genüge der, meistens ohne weiteres anzunehmende, äußere Anscheindes Eigentums. Der Mangel des animus domini schließe den Eigenbesitz nicht notwendig aus. — Eine Begründung dieser Ansicht wird nicht gegeben.

Daß in dem „Zwecke" bereits ein subjektives Element enthalten ist, wurde schon oben zu Auerbach bemerkt. Im übrigen muß betont werden, daß die äußeren Umstände mitunter in verschiedener Weise ausgelegt werden können. Fischers Theorie muß hier versagen, wenn sie nicht, wie Auerbach es tut, in solchen Fällen, stets Eigenbesitz annehmen will. Wird aber dieser Ausweg gewählt, dann kommt man, ebenso wie bei Auerbachs Ansicht, zu ungesunden Ergebnissen.

---

1) Das bürgerl. Recht, 3. Bd. § 12 unter 2, S. 51

2) S. 379 unter IVb.

3) Anm. 16 zu § 111 S 379.

4) in Fischer-Henle, Bem. 1 zu § 872 S. 638.

4. Nach Friebe[1] ist Eigenbesitzer, wer „wie ein Eigentümer" besitzt.[2] Auf den Willen komme es nicht an, erforderlich sei nur die äußere Stellung eines Eigentümers. In Zweifelsfällen müßte bei beweglichen Sachen § 1006 aushelfen.

Zur Begründung dieser Ansicht verweist F. zunächst auf die geschichtliche Entwicklung.[3] — Es sei hier nochmals darauf hingewiesen, daß aus der Geschichte sich nie ein Beweis für die objektive Theorie wird erbringen lassen, denn dazu hat das römische Recht doch zu starken Einfluß auf die Besitzregelung des BGB. gehabt.

F. meint ferner[4], aus dem System der Besitzlehre gehe hervor, daß zum Eigenbesitz ein Wille nicht notwendig sei. Da nämlich für den Besitz nur objektive Merkmale genügen, so könne man nicht für eine Unterart des Besitzes ein Willenserfordernis aufstellen. — Diese Behauptung kann nicht als richtig anerkannt werden. Das Eigentümliche bei der Bildung von Unterarten besteht doch darin, daß jede Unterart mehr begriffliche Elemente enthält als die Oberart. Letztere stellt im Verhältnis zu den Unterarten sich als ein Minimum von Erfordernissen dar. Es ist nun nicht einzusehen, warum nicht auch der Wille ein solches das Minimum übersteigendes Merkmal soll bilden können. Selbst wenn man die Auffassung F.'s von den Merkmalen des Besitzes als richtig ansieht, folgt also aus dem System der Besitzlehre des BGB. nicht mit Notwendigkeit die Richtigkeit der objektiven Theorie.

Gegen die Annahme der subjektiven Theorie spreche, so meint F. weiterhin[5], daß nach ihr wegen des erforderlichen Willens Kinder und Geisteskranke Eigenbesitz nicht erwerben können. Eine derartige Folgerung widerspreche, da diese Personen doch Besitzer und Eigentümer sein können, jeder logischen Denkweise. — Daß eine derartige Folgerung garnicht so widersinnig wäre, erkennt man sofort wenn man an die evtl. eintretenden Folgen des Eigenbesitzes denkt (vgl. z. B. § 836). Im übrigen ist das Verfahren F.'s unmethodisch. Die zu findende richtige Ansicht über den Eigenbesitz soll doch gleichzeitig dazu dienen, klarzustellen, welche Vorschriften

1) Ist zum Eigenbesitz der sogenannte animus domini erforderlich? Diss. Breslau 1905
2) S. 87.
3) S. 7. ff besond. S. 64 ff.
4) S. 70 ff.
5) S. 74.

auf den Eigenbesitz anwendbar sind. F. schließt aber aus den auf den Eigenbesitz anzuwendenden Vorschriften auf die Unrichtigkeit einer Theorie!

Aehnlich wie Auerbach versucht auch F., die theoretische und praktische Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie darzutun. Der theoretische Fehler, den die Gegner machen, bestehe darin, daß sie es normalerweise auf die äußeren Umstände ankommen lassen.[1] Richtiger sei es, dann stets das Normale als Richtschnur zu nehmen. — Es wurde bereits bei der Würdigung von A.'s Ansicht dargelegt, daß eben hierin die Bedeutung der subjektiven Theorie liegt. Gerade dadurch, daß sie den normalen Fall nicht stets als Richtschnur nimmt, kommt sie in Fällen, in denen die äußeren Umstände eine sichere Deutung nicht zulassen, zu einer befriedigenden Lösung. Die objektive Theorie muß sich dagegen in derartigen Fällen damit helfen, daß sie bei beweglichen Sachen stets § 1006 entscheidend sein läßt.

Auf die Ausführungen F.'s über die praktische Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie braucht hier nicht weiter eingegangen zu weerden. Diese Ausführungen richten sich nämlich gegen eine ganz extreme Auffassung des Willensmomentes. Sie werden gegenstandslos, sobald man die subjektive Theorie in der hier vertretenen Form als richtig anerkennt.

5. Rabel stellt sich bei der Besprechung von Staudingers Kommentar in der Rheinischen Zeitung[2] auf den Standpunkt der objektiven Theorie. Die Einwendungen, die er gegen die Subtivisten erhebt, decken sich zum Teil mit denen Auerbachs. Es kann insoweit auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Hinzugefügt werden muß, daß Rabel behauptet, die subjektive Theorie beruhe auf einem historischen Mißverständnis. Die römischen Juristen hätten mit ihrem Besitzwillen hauptsächlich einen Besitz e r w e r b s willen im Auge gehabt.

Der Einwand ist leicht zurückzuweisen. Die subjektive Theorie kann, ebenso wie die objektive nicht auf die Geschichte gestützt werden, da römisches und deutsches Recht auf die Regelung des Besitzes im BGB. in gleichem Maße von Einfluß sind. — Aus dem römischen Recht können also irgendwelche Folgerungen auf den

1) S. 84.
2) 7. Jahrg. Heft 4, 1915, S. 513 f.

heutigen Eigenbesitz nicht gezogen werden. Die subjektive Theorie muß vielmehr auf andere Weise begründet werden. Stellt man sich auf diesen Boden, dann ist der Einwand eines historischen Mißverständnisses verfehlt.

Ich schließe damit die Darstellung und Prüfung der Ansichten der Objektivisten ab. Es ergibt sich, daß nur die subjektive Theorie die richtige sein kann. Wenn auch das Erfordernis eines Willens aus dem Wortlaut von § 872 nicht klar hervorgeht, so folgt doch die Notwendigkeit des animus domini indirekt daraus, daß die objektive Theorie wegen ihres Grundfehlers — etwas Sekundäres als primär hinzustellen — und der sich daraus ergebenden unhaltbaren Konsequenzen unmöglich richtig ist. Weiterhin sprechen zugunsten der subjektiven Theorie die Materialien.[1] Die historische Entwicklung hingegen läßt keinen Schluß zu ihren Gunsten, aber auch keinen zu ihren Ungunsten zu.[2]

§ 8.

Die Prüfung deer Merkmale der Aneignung hat bisher ergeben, daß notwendig ist der Wille jemandes, eine Sache als ihm gehörend zu besitzen. Worauf ist dieser Wille gerichtet? Das ist die weitere Frage, die nunmehr beantwortet werden soll. Notwendig ist ihre Behandlung deshalb, weil in der Verschiedenheit der Willensrichtung der Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung gefunden worden ist.

Ueber die Richtung des Willens herrscht unter den Subjektivisten keine Uebereinstimmung. Ueber die Definition des Eigenbesitzwillens ist man sich zwar im großen und ganzen einig. Man sagt, zum Eigenbesitz genüge der Wille, die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben. Im wesentlichen dasselbe,

1) Protokolle Bd 3, S. 227; Denkschriften S 170.

2) Für die subjekt. Theorie die herrschende Meinung: RGZ. 54, 135; RG. in JW 1916 S. 40 Nr 5; Achilles-Greiff Bem. 1 zu § 872 S. 454; Biermann Bd. 3 Bem. 2 zu § 872 S. 56 f. Breit S. 237; Brodmann in Plancks Komm. Bd. 3 Bem. 2b zu § 872, S. 99 f.; Cretschmar Bd. 1 Bem. zu § 872, S. 286; Crome Bd. 3. Anm. 2 zu § 344 S. 22; Cosack Bd. 2. § 5 I S. 21; Dittenberger S 46, S 103; Eck Bd. 2 § 1 S. 6; Eitzbacher S. 217; Endemann 2. Bd., 1. Abt. § 30, 2 S. 154. Goldmann-Lilienthal, Bd. 2 § 1, 5 S. 7. Greiff in Plancks Komm. 3 Auflage Bd 3 Bem. 2b zu § 872 S. 70. Isay in Iher. J Bd. 44 S 45 f. Kipp i. d. Zeitschr. f. d. ges. Hand. R. Bd. 54 S. 609 Kniep, der Besitz S. 104 Kober in Staudingers Komm. Bd 3, 1. Tl. Bem. 2a zu § 872 S. 81; Kreß Besitz und Recht S. 244 ff. Landsberg, 2. Hälfte § 173, 3a S. 635 Manigk Anw. S 108 ff. Arch f. bürg. R Bd 25 S 316 ff. Matthiaß Bd. 2 § 2 IIa S 6. Neumann Bd. 1 Bem 1 zu § 872 S 664 Rehbein Bd. 1 Bem. A 1 zu §§ 104 ff. a. E. S 101 RGRK. Bd. 2 Bem. 1 Abs. 1 zu § 872 S 29. Scherer Sachenrecht S 14 unter Nr. 23. Turnau-Förster, Bd. 1. Bem. 2 zu § 872 S. 74. Wendt, Bes und Bes.-Wille S. 104 ff. z. Tl. nach Rosenberg Bem. 1 3 zu § 872 S. 157. Wolff, Bd. 2 Tl. 1 § 7 I, 1. S. 21

nur m. E. den Kernpunkt besser treffend, besagt die Definition, es genüge der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen. Dies ist insbesondere auch der Standpunkt des RG., welches neuerdings[1] seine frühere Definition,[2] erforderlich sei der Wille, Eigentümer der Sache zu sein, richtiggestellt hat. Uebereinstimmung herrscht ferner darüber, daß es zum Eigenbesitz nicht erforderlich sei, daß sich der Besitzer für den Eigentümer halte.

Soweit ist man sich im großen und ganzen einig. Streit dagegen herrscht über die Frage, ob der Eigenbesitzwille ein Rechtserfolgswille sei oder nicht. Ich wende mich zunächst der Ansicht zu, die behauptet, der Wille des Eigenbesitzers sei ein auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille.

1. Vertreten wird diese Theorie besonders eingehend von Manigk.[3] Dieser Schriftsteller unterscheidet zunächst drei Arten des Eigenbesitzes: Diese Arten sind: Besitz des Eigentümers, gutgläubiger und bösgläubiger Eigenbesitz. Bei allen diesen Arten sei der Wille des Eigenbesitzers der gleiche. Er bestehe in dem, was die gemeinrechtliche Lehre unter dem animus domini verstanden habe, gehe also darauf, jeden anderen von der Sache auszuschließen, und kein besseres Recht eines anderen anzuerkennen.[4] Die drei Arten des Eigenbesitzes unterscheiden sich also nicht durch eine Verschiedenheit des Willens, vielmehr sei bei ihnen verschieden nur die opinio. Unter opinio versteht M. dabei die Ueberzeugung von dem Eintritt des vorgestellten Erfolges. So habe der gutgläubige Eigenbesitzer die opinio domini, der bösgläubige die opino non dominii. Hierin allein bestehe der Unterschied zwischen gut- und bösgläubigem Eigenbesitz, nicht aber in einer Verschiedenheit des Willens.

Die Ansicht, der Eigenbesitzwille sei kein Rechtserfolgswille, beruhe auf einer Verwechslung von animus und opinio. Diese Ansicht mache die Ueberzeugung vom Eintritt des Erfolges fälschlich zum Gegenstand des Willens und komme so zu dem Ergebnis, der Wille des gutgläubigen Eigenbesitzers sei ein anderer als der des bösgläubigen. In Wirklichkeit sei aber in beiden Fällen der

1) R. in JW. 1916, S. 40 Nr. 5.

2) RGZ. Bd. 54 S. 135.

3) Anw. S. 127 ff.; W. E. S. 541 ff.

4) Anw. S. 129.

Wille der gleiche, nur sei beim bösgläubigen Eigenbesitz neben dem Willen noch die Kenntnis eines besseren Rechts vorhanden.

Schuld an dieser von der gegnerischen Ansicht gemachten Verwechslung sei ein irreführender Dualismus im Sprachgebrauch.[2] Von einem Eigentumserwerbswillen spreche man nämlich besonders dann, wenn der Erfolg im Eintritt des Eigentumserwerbs bestehe. Wenn dies jedoch nicht der Fall sei, dann gebrauche man den Ausdruck „Eigenbesitzwille", da hier kein Eigentum, sondern nur Eigenbesitz entstehe. Das sei aber eine falsche Ausdrucksweise, denn in allen Fällen sei der Wille der gleiche. Die Frage, ob Eigentum oder Eigenbesitz entstehe, hänge lediglich von der objektiven Rechtslage, nicht aber von dem Willen des Handelnden ab. Wer das Gegenteil behaupte, mache den Fehler, die Verschiedenheit des Erfolges fälschlich nach innen zu projizieren. „Der Dieb erhält kein Eigentum, nicht weil er es nicht will, sondern weil seine Erwerbshandlung — was er auch weiß — vitiös ist. — Der gutgläubige Besitzer erhält ebenfalls seinem animus domini zum Trotz kein Eigentum, weil der zugrunde liegende Erwerbsakt — was er nicht weiß — vitiös ist. Nur dann, wenn jeder Mangel im Tatbestande des Erwerbsaktes fehlt, entsteht dem Willen des Handelnden entsprechend Eigentum — selbst wenn er es nicht weiß."[1]

Soweit die Darlegung von Manigks Ansicht. Es zeigt sich, daß M. den animus domini ansieht als den Willen, das Eigentum zu erlangen.[3] Dem kann nicht zugestimmt werden, Man mag unter „Eigentum" verstehen das seinem Wesen nach ausschließliche Recht über eine Sache. Dann besteht der auf den Erwerb des Eigentums gerichtete Wille jemandes darin, daß der Erwerber dieses Recht erlangen will. Sein Wille muß also nicht nur darauf gerichtet sein, jeden anderen von der Sache auszuschließen und kein besseres Recht eines anderen anzuerkennen, sondern weiterhin darauf, diese Tätigkeit auch ausüben zu dürfen. Erst, wenn dieses letztere Element hinzukommt, will der Betreffende das Recht, das Eigentum. Der animus domini, so wie ihn auch M. definiert, ist also lediglich der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers zu erlangen und sie in Zukunft zu behalten, nicht aber bereits der Wille, das Eigentum zu erlangen.

1) a. a. O. S. 131.
2) S. 131.
3) vgl. auch Seite 133 „Aber auch der bösgläubige Eigenbesitzer will Eigentum".

Aus diesem Satz folgt, daß sich die Gegner M.'s keiner Verwechslung von animus und opinio schuldig machen. Der Eigentümer und der gutgläubige Eigenbesitzer haben einen anderen Willen als der bösgläubige Eigenbesitzer. Der Wille des Eigentümers und des gutgläubigen Eigenbesitzer geht sowohl darauf, die Sache allein zu haben und zu behalten, als auch darauf, sie haben und behalten zu dürfen. Der Wille dieser Personen muß darauf gehen, wenn er auf die Erlangung des Eigentums gerichtet sein soll. Der bösgläubige Eigenbesitzer hat dagegen regelmäßig den Eigentumserwerbswillen nicht, weil er ja die Kenntnis oder wenigstens die Ueberzeugung von dem Bestehen eines besseren Rechts (opinio non dominii) hat. Die Verschiedenheit der Ueberzeugung bewirkt somit auch eine Verschiedenheit des Willensinhalts. Hervorgehoben werden muß, daß letzteres jedoch nicht stets der Fall zu sein braucht. Es ist z. B. sehr gut denkbar, daß ein bösgläubiger Eigenbesitzer den Willen hat, das Eigentum zu erlangen. Hierin zeigt sich die von M. hervorgehobene Unabhängigkeit von animus und opinio — aber nur hierin. Für den Regelfall wird sie jedenfalls nicht zutreffen.

Was M. über den „irreführenden Dualismus im Sprachgebrauch" sagt, ist als richtig anzuerkennen. Es wäre falsch, beim gutgläubigen Eigenbesitzer einen anderen Willen als beim Eigentumserwerber anzunehmen, da hier lediglich eine Verschiedenheit in der objektiven Rechtslage besteht. Das ist eine so selbstverständliche Wahrheit, daß es kaum denkbar erscheint, daß sie jemals bestritten worden sein sollte. In der Tat scheint auch bei M. ein Mißverständnis vorzuliegen.

M. führt nämlich als Plancks Definition des Eigenbesitzwillens an, der Eigenbesitzer müsse den Willen haben, die Stellung des Eigentümers zu erlangen. M. meint nun,[1] dem widerspreche es, daß der gutgläubige Eigenbesitzer zweifellos das Eigentums r e c h t erwerben wolle und nicht bloß die äußere Stellung eines Eigentümers. — Wenn Planck tatsächlich so zu verstehen wäre, dann würde seine Ansicht allerdings auf dem von M. gerügten Dualismus im Sprachgebrauch beruhen. Es dürfte aber, wie gesagt, hier ein Mißverständnis M.'s vorliegen. Eine Angabe der Merkmale einer juristischen

1) Anm. S. 132.

Handlung soll doch nur diejenigen Merkmale enthalten, die stets vorhanden sein müssen. Nicht zu dieser Angabe gehören Elemente die nicht unbedingt notwendig sind, selbst wenn sie häufig zugleich mit dieser Handlung auftreten. Wenn nun gesagt wird, der Eigenbesitzer müsse den Willen haben, die Stellung eines Eigentümers zu erlangen, so ist auch dies im Sinne eines Mindesterfordernisses zu verstehen. Der gutgläubige Eigenbesitzer hat diesen Willen gleichfalls, denn in dem Willen, das Eigentum zu erwerben, ist auch der Wille enthalten, die tatsächliche Stellung des Eigentümers zu erlangen. M. E. können die Worte Plancks[1]: „Nicht auf das Eigentumsrecht, sondern auf die diesem Rechte entsprechende Stellung zur Sache muß der Wille gerichtet sein", nur so verstanden werden, wie es hier geschehen ist.

Das Ergebnis meiner bisherigen Ausführungen ist: Der animus domini ist nicht auf die Erlangung des Eigentums gerichtet. Einer Verwechselung von animus und opinio oder einer irreführenden Terminologie machen sich die Gegner M.'s nicht schuldig. — So würde M. zur Rechtfertigung seiner Ansicht nur der Ausweg übrig bleiben, daß er annimmt, der animus domini sei genügend, wenn vom Gesetz beim Eigentumserwerb der Rechtserfolgswille gefordert werde. Aber auch dann würde seine Ansicht abzulehnen sein. Es wurde bereits im 1. Teil dieser Arbeit ausgeführt, daß das Rechtsgeschäft einen Rechtserfolgswillen voraussetzt. Da in den Fällen, in denen das Gesetz den Eigentumserwerb an den Eigentumserwerbswillen knüpft, stets ein Rechtsgeschäft vorliegt und da ferner der animus domini ein Rechtserfolgswille nicht ist, so wäre auch dieser Ausweg versagt.

Zur Klarstellung und Verteidigung seiner Ansicht führt M. noch ein den Digesten entnommenes Beispiel an,[2] dessen Inhalt etwa folgender ist: A, der Eigentümer einer Sache, will das Eigentum dem B. übertragen. B., der den A. für einen Nichteigentümer hält, empfängt die Sache. — Die Römer sagen: „Plus in re est quam in existimatione mentis" und sprechen dem B. das Eigentum zu. Nach M. hat B. den Willen eines bösgläubigen Eigenbesitzers. Da dieser mit dem Eigentumserwerbswillen identisch sei, so erhalte B. das Eigentum. — Nach der hier vertretenen Auf-

1) auf S. 129 Anw. von M. wörtlich zitiert.
2) WE. S. 545.

fassung ist der Fall folgendermaßen zu beurteilen: Regelmäßig wird B. nur den Willen haben, die tatsächliche Stellung des Eigentümers zu erlangen. Tritt dieser Wille nach außen nicht hervor — was fast stets anzunehmen ist —, dann ist erklärt der Wille, das Eigentum zu erlangen. B. erwirbt somit Eigentum. Sein entgegenstehender Wille wird im allgemeinen gem. § 116 unbeachtlich sein. Unter Umständen kann auch die Anfechtung gem. § 119 zulässig sein. Ist dagegen nach außen hin erklärt der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers zu erlangen, dann wird wegen Fehlens der Einigung B. nicht Eigentümer. — Zugunsten der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Auffassung spricht außer den bereits oben erwähnten Gründen, daß sie sich mit dem Gesetzeswortlaut in voller Uebereinstimmung befindet. M. hingegen muß annehmen, die Redeweise des Gesetzes sei ungenau. Wenn das Gesetz einmal von dem Willen, Eigentum zu erwerben, und dann wieder von dem Eigenbesitzwillen spreche, so meine es immer ein und dasselbe.[1]

Der Ansicht Manigks über den Inhalt des Willens in § 872 kann somit nicht zugestimmt werden.

2. Für den Satz, der Eigenbesitzwille sei ein Rechtserfolgswille, tritt ferner Breit[2]* ein. B. stützt diese Behauptung darauf, daß er feststellt, es müsse zum Eintritt eines Rechtserfolges häufig ein Wille vorhanden sein, ohne daß dieser Wille unbedingt auf den Rechtserfolg gerichtet zu sein brauche. Wenn das Gesetz also auch an einen Willen, der nicht auf Rechtsfolgen gerichtet sei, einen Rechtserfolg knüpfe, dann sei es gerechtfertigte Breviloquenz, jeden derartigen Willen als Rechtsfolgewillen zu bezeichnen. — B.'s Ansicht beruht auf seiner Auffassung der Begriffe Rechtsgeschäft und W. E. Sie gehört daher nicht in diesen Teil der Arbeit hinein. Es wurde bereits im 1. Teile — Seite 13 ff — zu ihr Stellung genommen.

3. Crome[3], Kreß[4], Matthiaß[5], wohl auch Kober[6] und Rehbein[7] treten gleichfalls für die Ansicht M.'s ein. Gründe geben diese

1) Gegen die Geltung d. Satzes „plus in re est quam in existimatione mentis" auch. Enneccerns Bd. 1, 1. Abt. Anm. 6 zu § 136, S. 351; Tuhr 2. Bd., 1. Hälfte, § 50 6a S. 172 f.
2) S 132 ff., 260 ff.
3) Bd. 3 § 410 1. 1b. S. 376.
4) Besitz und Recht, S. 247 unter 5a.
5) Bd 2 § 2 IIa S. 6, * 25 II S. 60.
6) i. Staud Komm. Bd. 3, 1. Tl. Bem. 2a zu § 872 S. 81; Bem. 4 § zu 958 S. 539.
7) Bd. 1 Bem. A 1 zu §§ 104 ff. S 101.

Schriftsteller entweder nicht an, oder aber sie schließen sie an die Ausführungen M.s an. Zum Teil muß man bei ihnen sogar ihren eigentlichen Standpunkt zwischen den Zeilen lesen. — Gegen sie lassen sich dieselben Einwendungen wie gegen Manigk erheben. Es kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Die Ansicht, der Eigenbesitzwille sei ein Rechtserfolgswille, muß somit abgelehnt werden. Bei der Besprechung von Manigks Ansicht ist festgestellt worden, daß der bösgläubige Eigenbesitzer regelmäßig nur den Willen hat, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen. Da nun zweifellos auch der bösgläubige Besitz mit animus domini unter § 872 fällt, — vgl. z. B. §§ 937, 955 —, so muß dieser Wille genügen. Es hat sich gleichzeitig ergeben, daß der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen, nicht identisch mit dem Eigentumserwerbswillen ist. Mithin ist er auch kein Rechtserfolgswille.[1]

§ 9.

Der Inhalt des Eigenbesitzwillens ist nunmehr geklärt. Es bleibt jetzt noch zu untersuchen, ob für den Eigenbesitz stets der animus domini erforderlich ist. Die Berechtigung einer solchen Untersuchung erkennt man sofort, wenn man daran denkt, aus welchen Gründen die objektive Theorie abgelehnt wurde. Es geschah deshalb, weil die äußeren Umstände nur Indizien für den Willen und somit von sekundärer Bedeutung sind. Dieser Einwand läßt sich der objektiven Theorie als ganzer mit Recht entgegenhalten. In einzelnen Fällen greift er jedoch nicht durch. Diese Fälle sollen nunmehr einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

1. Bei der im Anschluß an die Kritik der objektiven Theorie erfolgten Darlegung der subjektiven Theorie wurde gesagt, daß der Wille nur dann von Bedeutung sei, wenn für dessen Vorhandensein irgendwelche Indizien sprächen. Aus diesem Satz folgt bereits der erste Fall, in dem Eigenbesitz vorliegt ohne Eigenbesitzwillen. Sprechen nämlich die äußeren Umstände eindeutig für Eigenbesitz, ohne daß

1) Wie hier die meisten: vgl z. B. Brodmann in Plancks Komm. Bd. 3 Anm. 2b zu § 872 S. 100 Anm. 2 Abs. 3 zu § 958 Seite 436. Cosack Bd 2 § 42 I 1 S. 170 f. Dittenberger S. 46. Eltzbacher S. 217 Gierke. Deutsch. Priv. R. 2. Bd. § 132 II S. 528 besond. Anm. 15. Goldmann=Lilienthal Bd. 2 § 1, 5 S. 7; § 23 Anm. 4, S. 105. Isay in Jh. J. Bd. 44, I S. 45 f. Kipp i. d. Z. f. d. gesamt. Hand. R Bd. 54 S. 609. Kniep S. 103 f. Rosenberg Bd. 3, 1 Halbbd. Bem. I, 3 zu § 872 S. 157. Wolff, 2. Bd. 1. Abteilg. § 7 I, 1 S. 121; § 78 III S. 235. f. Die übrigen Subjektivisten nehmen zu dieser Frage im allgemeinen überhaupt nicht Stellung.

der Besitzer den Willen hat, die Sache als ihm gehörig zu besitzen, so liegt Eigenbesitz vor, sofern sich der Besitzer auf Indizien für das Fehlen des Eigenbesitzwillens nicht berufen kann. Im entgegengesetzten Falle würde umgekehrt Fremdbesitz vorliegen. So ist, wer sich als Testamentsvollstrecker ausgibt und sich lediglich in den Besitz einer Sache setzt, Fremdbesitzer, selbst wenn seine geheime Absicht darauf geht, sich die Sache rechtwidrig anzueignen.[1] Was in diesem Beispiel vom Fremdbesitz gilt, muß naturgemäß auf der anderen Seite auch vom Eigenbesitz gelten.

Ueber den hier genannten Fall eines Eigenbesitzes ohne dementsprechenden Willen geht Rosenberg[2] hinaus, indem er meint, der Wille des Besitzers komme dann nicht in Frage, wenn objektive Merkmale für das Bestehen oder Nichtbestehen des Eigenbesitzes sprächen. Mit dieser Erweiterung macht sich Rosenberg desselben Fehlers wie die objektive Theorie schuldig. Es muß die Berufung auf den Willen möglich sein, sobald sich Indizien für einen anderen Willen als den, der auf den ersten Blick vorhanden zu sein scheint, angeben lassen. Es darf nie vergessen werden, daß die äußeren Umstände regelmäßig nur insofern von Bedeutung sind, als sie den Rückschluß auf einen bestimmten Willen gestatten, daß also der Wille das Primäre ist.

2. Nach Rosenberg[3] und Wolff[4] soll Eigenbesitz ohne Willen ferner dann vorhanden sein, wenn Besitz ohne Willen des Erwerbers entsteht. Für Wolff hat dieser Satz allerdings keine weittragende Bedeutung. Dieser Schriftsteller fordert nämlich zum Erwerb des Besitzes regelmäßig einen Besitzwillen.[5] Eigenbesitz ohne Willen dürfte nach ihm also nur beim Erwerb durch Erbfall anzunehmen sein. Anders ist es jedoch bei Rosenberg, der den Besitzwillen nicht für ein wesentliches Element des Besitzerwerbs hält.[6] Wie ist nun dieser weitere Fall zu beurteilen?

Es kann hier nicht der Ort sein, auf die seit Entstehung des BGB. nicht mehr zur Ruhe gekommene Frage einzugehen, ob zum Besitzerwerb ein Wille erforderlich ist. Von ihrer Bejahung oder Verneinung hängt ja auch die Entscheidung des genannten Falles

1) vgl. Dernburg Bd. 3 § 12, 2 S. 51; Manigk im Arch. für bürg R. Bd. 25, 323
2) Komm. 3 Bd 1 Halbbd. Bem. 1 zu § 872, bes. unter 3 S. 157.
3) Bem I, I a. E. zu § 872 S. 156
4) Bd. 2, 1. Tl. § 7 I, 2 S. 21.
5) § 10 II, III S. 29.
6) Bem. II, 2 zu § 854 S. 24 ff.

nicht unbedingt ab. Denn es mag noch hingehen, daß die Vertreter des Besitzwillens in Grenzfällen einen sog. generellen Erwerbswillen annehmen. Die Ausdehnung dieser Konstruktion auf den Eigenbesitzwillen muß jedenfalls abgelehnt werden, da sie zu der Wirklichkeit widersprechenden Fiktionen führen würde. Es mag noch verständlich erscheinen, bei einer Sache, von deren Erwerb man kaum etwas weiß, einen Besitzerwerbswillen anzunehmen. Man würde aber zu weit gehen, wenn man in solchen Fällen bereits die Möglichkeit einer Differenzierung des Willens zum Eigenbesitzwillen annehmen wollte. Befriedigend ist allein die Erklärung, daß in derartigen Fällen ein Eigenbesitzwille nicht vorhanden sein kann.

Wendet man die subjektive Theorie auf diese Fälle an, so erscheint es zunächst, als ob das Vorhandensein des Eigenbesitzes verneint werden müßte. Ein Wille jemandes, eine Sache als ihm gehörend zu besitzen, fehlt ja hier stets. Und doch ist dieser Schluß nicht notwendig. Wenn die subjektive Theorie für den Eigenbesitz den animus domini fordert, dann setzt sie m. E. stillschweigend voraus, daß der Besitzer überhaupt die Möglichkeit hat, den Eigenbesitzwillen zu haben. Für Fälle, in denen diese Möglichkeit fehlt, wird nach neuen Unterscheidungsmerkmalen gesucht werden müssen, mit deren Hilfe sie in die Gruppen Eigen- bezw. Fremdbesitz eingereiht werden können, Es kann kein Zweifel sein, daß hierfür nur die äußeren Umstände entscheidend sein können.

Wollte man alle derartigen Fälle zum Fremdbesitz rechnen,[1] so würde man der Auslegung von § 872 nicht gerecht werden. Denn aus dem Wortlaut dieses Paragraphen geht ja noch nicht einmal die grundsätzliche Notwendigkeit eines Willens, geschweige denn der Satz hervor, daß ausnahmslos ein Wille vorhanden sein muß. Wenn trotzdem hier die Ansicht verfochten wird, daß für die Frage des Eigenbesitzes der Wille entscheidend ist, so geschieht dies doch deshalb, weil sonst etwas Sekundäres als primär angesehen würde. Diese Begründung paßt aber für die soeben erwähnten Fälle nicht, denn ein nach der einen oder anderen Seite hin differenzierter Wille fehlt hier. Das sonst Sekundäre ist hier primär. Wenn man sich für diese Fälle auf den Boden der objektiven Theorie stellt, so begeht also nicht den Grundfehler, der oben dieser Theorie vorgeworfen wurde.

1) wie es die extreme subjektive Theorie tun muß.

Demnach sind bei Besitz ohne Möglichkeit einer Differenzierung des Willens — also in Fällen, die die Gegner der Lehre vom Besitzwillen als Besitzerwerb ohne Willen bezeichnen — die äußeren Umstände als Unterscheidungsmerkmal maßgebend, und es liegt hier ein weiterer Fall von Eigenbesitz ohne animus domini vor.

3. Als dritter hierhin gehöriger Fall kann der Eigenbesitzerwerb durch Erbfall ohne Wissen des Erben bezeichnet werden. Wenn § 857 bestimmt: „Der Besitz geht auf den Erben über", so kann das nur bedeuten, daß mit dem Erbfall der Erbe den Besitz in der Qualifikation erhält, wie er beim Erblasser bestanden hat.[1] Ist also der Erblasser Eigenbesitzer gewesen, so wird es auch der Erbe, und es ist unerheblich, wenn der Erbe aus irgendeinem Grunde den animus domini nicht hat. So wird z. B. der Verwahrer, der den Hinterleger beerbt, Eigenbesitzer, auch wenn er einen anderen für den Erben hält und ihm somit der animus domini fehlt.[2]

Kohler[3] und Rasenberg[4] meinen, Eigenbesitz sei stets auch dann vorhanden, wenn der Besitzer Eigentümer werde, ohne es zu wissen. Als Beispiel sei der von Kohler angeführte Fall erwähnt, daß dem A. eine Sache übergeben und das Eigentum unter einer aufschiebenden Bedingung übertragen worden ist. Trete die Bedingung ohne Wissen des A. ein, so entstehe Eigenbesitz. — Dem kann nicht zugestimmt werden. Hat der Besitzer nicht den animus domini, so muß er — abgesehen von den Fällen 1—3 — als Fremdbesitzer angesehen werden, denn die Voraussetzungen von § 872 sind nicht erfüllt. Der Eigenbesitz ist eine dem Eigentum übergeordnete Art.[5] Es ist zwar ungewöhnlich, aber durchaus nicht widersinnig, wenn ein Eigentümer Fremdbesitzer ist.

Als ein Beispiel von Eigenbesitz ohne Willen führt Kober[6] ferner eine Entscheidung des RG.[7] an. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Fall ist folgender: Beklagter hat ein Grundstück verkauft und dem Erwerber übergeben. Der Käufer fällt nachher in Konkurs und der Konkursverwalter lehnt die weitere Erfül-

1) Brodmann in Plancks Komm. Bd. 3 Bem. 4a zu § 872 S 100; Kober in Staud. Komm. Bd. 3 Tl. 1 Bem. 5a zu § 872 S. 82.
2) vgl. Wolff § 7 I, 2 S. 21.
3) i. Arch. f. bürg. Recht Bd. 18 S. 100.
4) Bem I, 1 zu § 872 S. 156.
5) ebenso Manigk W E. S. 543.
6) in Staudingers Komm. Bd III Tl. 1 Bem. 5a zu § 872 S. 82.
7) i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1923 S. 148 f.

lung des Kaufvertrages gem. § 17 K. O. ab. Beklagter erhebt ohne Widerspruch des Konkursverwalters gegen den Gemeinschuldner die Räumungsklage und erstreitet ein Anerkenntnisurteil. Nunmehr wird Beklagter aus § 836 in Anspruch genommen. — Das RG. entscheidet, daß Beklagter Eigenbesitz gem. § 854 Abs. 2 auf Grund schlüssiger Handlungen erlangt habe. Er habe nämlich durch Anstrengung der Räumungsklage über das Grundstück ohne Widerspruch des Konkursverwalters wie ein Eigentümer verfügt.

M. E. paßt dieser von Kober angeführte Fall nicht ganz hierhin. Zweifellos hat Beklagter den Willen, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen, wie sich deutlich aus der Räumungsklage ergibt. Es liegt hier höchstens ein Fall von Besitzerwerb ohne Wissen, aber kein Fall von Eigenbesitz ohne animus domini vor.

Rosenberg[1] behauptet sodann, trotz des animus domini liege Eigenbesitz nicht vor, wenn derjenige, der diesen Willen habe, als unmittelbarer Besitzer zu einem anderen in einem Besitzmittelungsverhältnis stehe. — Eine Würdigung dieser Ansicht gehört nicht hierhin, da es für die Rechtsnatur der Aneignung nur von Bedeutung ist, ob Eigenbesitz auch ohne entsprechenden Willen entstehen kann, nicht dagegen ob in gewissen Fällen trotz des animus domini Eigenbesitz nicht entsteht.

Die Zusammenfassung der Ergebnisse des II. Teiles dieser Arbeit ergibt: Der Eigenbesitz erfordert grundsätzlich einen Willen. Dieser Wille ist darauf gerichtet, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen (animus domini). Er ist kein Rechtserfolgswille. In 3 Fällen ist die Entstehung des Eigenbesitz trotz Fehlens des animus domini möglich. Für die Frage, ob Eigenbesitz vorliegt, sind in diesen Fällen — abgesehen vom Eigenbesitzerwerb durch Erbschaft — die äußeren Umstände maßgebend.

III. Teil:

§ 10.

Die Grundlagen für die Gewinnung der Ergebnisse dieser Arbeit sind nunmehr geschaffen. Bevor nun die Frage, ob die An-

1) Bem. 1, 2 zu § 872 S. 156 f.

eignung Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung ist, geprüft werden kann, muß zunächst einmal untersucht werden, ob die Aneignung stets eine juristische Handlung ist.

Auf den ersten Blick scheint die Antwort klar zu sein. Das Gesetz spricht ja in § 958 davon, daß jemand eine Sache in Eigenbesitz „nimmt". Doch schon hier macht sich die Ueberlegung geltend, daß der Erwerb des Eigenbesitzes ja auch durch Besitzdiener und Besitzmittler erfolgen kann,[1] daß auch dieser Erwerb zur Aneignung muß genügen können. Eine persönliche Besitzergreifungshandlung des Aneignenden ist also in diesen Fällen nicht notwendig.

Eltzbacher[2] folgert bereits aus diesen Erwägungen heraus, daß die Aneignung nicht stets eine Handlung sei. Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden. Wird beim Besitzerwerb durch „Stellvertreter" (§§ 855, 868) der Eigenbesitz mit animus domini erlangt (Regelfall), dann erfordert dies stets ein äußeres Zutun, ein den Willen offenbarendes Verhalten des Erwerbers, sei es in der Form vorheriger, sei es in der Form nachträglicher Billigung. Hier ist also eine Handlung erforderlich.

Anders liegt die Sache jedoch, wenn in diesen Fällen Eigenbesitz ohne den Willen, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen, erworben wird. Von den in § 9 genannten Fällen kommt für § 958 besonders Fall 2[3] in Betracht. Fall 1[4] ist nur von sehr geringer Bedeutung, da für die Inbesitznahme einer herrenlosen beweglichen Sache seine Voraussetzungen — Fehlen von Indizien für das Nichtvorhandensein des animus domini — wohl selten zutreffen werden. Fall 3[5] scheidet aus, da der Erblasser, sobald er Eigenbesitzer einer herrenlosen, beweglichen Sache wird, damit auch Eigentümer wird, der Erbe also nicht mehr den bloßen Eigenbesitz erhält.

In Fall 2 kann, da der bloße Besitzerwerb eine Handlung nicht verlangt[6] und aus der Qualifikation als Eigenbesitz hier ein solches Erfordernis gleichfalls nicht hergeleitet werden kann, die

1) vgl. z. B. Brodmann in Plancks Komm. Bd. 3 Bem. 4a zu § 872 S. 100; Bem. 2 Abs. 1 zu § 958 S. 435. Kober in Staudingers Komm. Bd. 3 Tl. I Bem. I 2b u. c zu § 958 S. 535

2) S. 23 f.

3) S. 45 ff.

4) S. 44 f.

5) vgl. oben S. 47 f.

6) vgl. dazu besonders Manigk W. E. S. 654 ff; ferner Tuhr Bd. 2, 1. Hälfte § 48 S. 113; Eltzbacher S. 210 und d. dort Zitierten

Aneignung demnach auch ohne Handlung erfolgen. Das gleiche gilt von Fall 1. Aus dem Fehlen von Indizien für den wahren Willen des Besitzers folgt nämlich, daß dieser Wille nicht zu einer Handlung geführt zu haben braucht. Die äußeren Umstände können gleichfalls ohne Zutun des Besitzers entstanden sein. — Dies sind die einzigen Fälle, in denen die Aneignung keiner Handlung bedarf.

Somit ist die Aneignung nicht stets eine juristische Handlung. Immerhin kann jedoch nicht verkannt werden, daß die Fälle, in denen die Aneignung ohne Handlung erfolgt, sehr selten sind und lediglich als Ausnahmen angesehen werden können. Insofern für § 872 grundsätzlich ein Wille notwendig ist, ist auch eine Handlung des Eigenbesitzers erforderlich. Ein bloß innerer Wille, der nicht irgendwie zur Tat wird, wäre ja für die Rechtsordnung ohne Belang. Es erscheint somit nicht angebracht, die Aneignung deshalb, weil sie in Ausnahmefällen eine Handlung nicht verlangt, aus der Reihe der juristischen Handlungen herauszunehmen und sie in die Gruppe der sonstigen juristischen Tatsachen einzureihen.

Ist somit die Aneignung grundsätzlich als juristische Handlung zu betrachten, so ist nunmehr auf die Frage einzugehen, ob sie als Rechtsgeschäft anzusehen ist. Nach den bisherigen Ausführungen muß die Antwort eine verneinende sein. Als Hauptmerkmal des Rechtsgeschäfts wurde der Rechtserfolgswille erkannt. Die Aneignung setzt einen solchen Willen nicht voraus, für sie genügt der bloße Eigenbesitzwille. Daß dieser Eigenbesitzwille häufig in der Form des Eigentumserwerbswillens auftritt, ändert hieran nichts. Ist ein solcher Rechtserfolgswille vorhanden, dann wird der Erfolg nicht daran geknüpft, daß der Eigentumserwerb gewollt ist, sondern daran, daß in dem Eigentumserwerbswillen der Eigenbesitzwille enthalten ist.

Die Folgerichtigkeit dieses Satzes erscheint eigentlich selbstverständlich. Und doch verkennt sie der RGR. Komm., indem er ausführt:[1]

„Wer eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, wird sie in der Regel nehmen, um daran Eigentum zu erwerben. Diese bewußte Aneignung ist Rechtsgeschäft und erfordert deshalb Geschäftsfähigkeit. Ob ein Rechtsgeschäft auch dann vorhanden ist, wenn

1) Bd 2 Bem. 3 zu § 958 S. 269 f.

der Besitzergreifer den Besitz in der irrigen Meinung ergreift, die in Wirklichkeit herrenlose Sache gehöre schon ihm, mag zweifelhaft sein und kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist auch ein solches Nehmen in Eigenbesitz wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln und zur Aneignung genügend."

Die Unrichtigkeit dieses Standpunktes ergibt sich aus den soeben gemachten Ausführungen. Entweder man sieht den Eigenbesitzwillen als Rechtsfolgewillen an — dann muß man zu der Folgerung kommen, daß die Aneignung stets ein Rechtsgeschäft ist, und darf auch in Grenzfällen nicht zweifelhaft sein. Oder man vertritt, wie hier, den Standpunkt, der Eigenbesitzer brauche nicht notwendig Eigentum zu wollen — dann kann man die Aneignung nicht als ein Rechtsgeschäft bezeichnen.

Die Aneignung kann demnach nur als Rechtshandlung angesehen werden. Mit dieser Feststellung allein ist uns allerdings noch nicht viel geholfen. Es ist ja erkannt worden, daß die Rechtshandlungen von einander derartig verschiedene Handlungen umfassen, daß eine gewisse Sonderung notwendig ist. Es ist also weiterhin zu prüfen, ob hier eine rein äußere Handlung oder eine geschäftsähnliche Rechtshandlung vorliegt

Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen der Rechtshandlungen ist darin gefunden worden, daß die rein äußeren Handlungen einen irgendwie gearteten Willen des Handelnden — außer dem Handlungswillen, der ja in dem Begriffe der Handlung bereits enthalten ist — nicht erfordern. Hingegen besteht zwischen den geschäftsähnlichen Rechtshandlungen und den Rechtsgeschäften insofern eine gewisse Verwandtschaft, als bei jenen ein Wille, wenn auch kein Rechtserfolgswille, notwendig ist.[1] Nun haben wir ja festgestellt, daß der Erwerb des Eigenbesitzes grundsätzlich voraussetzt den Willen jemandes, eine Sache als ihm gehörig zu besitzen. Man ist also geneigt, die Aneignung zu den geschäftsähnlichen Rechtshandlungen zu rechnen.

Die Frage ist in der Literatur stark bestritten. Sie erscheint meist in anderer Form, nämlich als Frage, ob auf die Aneignung die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte grundsätzlich analog anwendbar sind. Im Grunde genommen besteht zwischen den beiden Arten der

1) Die Gruppe, bei der der geistige Vorgang in einer Vorstellung besteht, kann hier außer Betracht bleiben.

Fragestellung kein Unterschied. Denn die beiden Gruppen der Rechtshandlungen kennzeichnen sich ja durch ihre mehr oder minder große Verwandtschaft mit den Rechtsgeschäften, sodaß sich ohne weiteres daraus ergibt, daß auf die eine Gruppe die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte grundsätzlich analog anwendbar sind, auf die andere nicht.

Gegen den rechtsgeschäftsähnlichen Charakter der Aneignung wendet sich nun die überwiegende Meinung derer, die in der Aneignung kein Rechtsgeschäft sehen.[1] Es wird geltend gemacht, der Wille, die Stellung des Eigentümers einzunehmen, sei ein rein tatsächlicher Wille und enthalte keine rechtlichen Bestandteile. Da somit dem Willen der rechtliche Charakter fehle, sei eine Verwandtschaft mit den Rechtsgeschäften nicht vorhanden. Insbesondere seien die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit auf die Aneignung nicht anwendbar.

Für die rechtliche Qualifikation des Eigenbesitzwillens tritt insbesondere Dittenberger[2] ein. Er meint, der Wille, die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben, erfordere eine Vorstellung des Wollenden vom Eigentum. — Ich halte die Ansicht D.'s nicht für richtig. Von dem Eigenbesitzer eine Vorstellung von dem Inhalte des Eigentums (also eines R e c h t e s) zu verlangen, erscheint unnötig. Es muß genügen, daß der Wille des Eigenbesitzers einen derartigen Inhalt hat, daß er sich auf Grund einer Prüfung von dritter Seite als ein Wille, die dem Inhalte des E i g e n t u m s entsprechende Stellung zur Sache zu haben, herausstellt.

Es muß somit zugegeben werden, daß der Wille des Eigenbesitzers unmittelbar keine rechtlichen Bestandteile enthält. Trotzdem kann der Ansicht, daß die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf die Aneignung nicht analog anwendbar seien, nicht zugestimmt werden. Für eine gewisse Verwandtschaft mit den Rechtsgeschäften und damit auch für eine Einreihung unter die Gruppe der geschäftsähnlichen Handlungen sprechen nämlich noch andere Gründe. Dafür

---

1) Brodmann in Plancks Komm. Bd. 3 Bem. 2 Abs. 3 zu § 958 S. 436. Cosack Bd. 2 § 42 I 1 S. 170 f. Gierke Bd. 2 § 132 II, S. 528. Isay in Jher. J. Bd. 44, S. 46 Kipp in der Z. f. d. ges. Handels-R. Bd. 54 S. 609. Kniep S. 103 f. Landsberg 2. Hälfte § 179 VII unter 2 und 3 S. 165. Rosenberg Sachenrecht, 1. Halbbd. Bem. I 3 zu § 872, S. 157. Wolff Bd. 2, I. Abtlg. § 7 I, 1 S. 21.

2) S. 45 f, S. 92.

spricht zunächst einmal der Umstand, daß das Gesetz in den §§ 937, 958 an den Eigenbesitzwillen Rechtsfo'gen knüpft, ihn also in diesen Fällen wie einen Rechtsfolgewillen behandelt. Sodann kommt der Eigenbesitzwille sehr häufig in der Form des Eigentumserwerbswillens, also eines Rechtsfolgewillens vor. Ferner kommt der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers einzunehmen, dem Willen, diese Stellung auch einnehmen zu dürfen, sehr nahe, unterscheidet sich aber gerade durch diese Verwandtschaft mit dem Rechtsfolgewillen besonders stark von dem Besitzwillen — sofern man für die Besitzerlangung überhaupt einen Willen fordert. Diesen Unterschied übersehen diejenigen Schriftsteller, die den Eigenbesitzwillen ebenso wie den Besitzwillen behandeln wollen. Gleichzeitig vergessen sie, daß doch häufig die Rechtsfolgen auch nur in unklarer Vorstellung gewollt werden, also kein großer Unterschied zwischen dem animus domini und dem Eigentumserwerbswillen besteht.

Es ergibt sich somit, daß nur die Einreihung unter die Gruppe der geschäftsähnlichen Handlungen dem Wesen der Aneignung gerecht wird. Daraus folgt, daß die Aneignung grundsätzlich nach Analogie der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte zu behandeln ist.[1] Anwendbar sind insbesondere die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung.[2] Nicht stets anwendbar dagegen sind die §§ 116 ff. Da nämlich der Erwerb des Eigenbesitzes nicht mit Kundgebungsabsicht bezw. Kundgebungsbewußtsein zu erfolgen braucht, ähnet die Aneignung nicht den Erklärungs-, sondern den Willensgeschäften. Auf diese sind aber, wie im ersten Teile der Arbeit dargelegt, die Vorschriften über Willensmängel im allgemeinen nicht anwendbar. Man wird demnach die Aneignung nur dann nach Analogie der §§ 116 ff behandeln können, wenn die Aneignungshandlung mit Kundgebungszweck erfolgt.

Das Ergebnis der Untersuchung über die Rechtsnatur der Aneignung ist also folgendes:

Die Aneignung ist regelmäßig eine geschäftsähnliche Rechtshand-

---

1) Im Ergebnis übereinstimmend Biermann Bd. 3, Bem. 1 a zu § 958 S. ?42. Dittenberger S 104 f. Goldmann-Lilienthal Bd. 2 § 23 Anm. 4 S. 104 Greiff in Plancks Komm. 3 Aufl. Bd. 3 Bem. 2 Abs. 2 zu § 058 S. 270. Bezgl d. Geschäftsfähigkeit zustimmend: Endemann Bd. 21 Abt § 86, 2 S. 562 f.

2) a. A. nur Leonhard, Vertretg b. Fahrniserwerb S. 114 ff.

lung. In den in § 9 unter Ziffer 1[1] und 2[2] angeführten Fällen setzt sie eine Handlung nicht voraus. Da diese Fälle aber Ausnahmen sind, ist sie nach den Regeln über die juristischen Handlungen, und zwar nach Analogie der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte zu behandeln.

1) S. 45 f.
2) S. 45 ff.

Lebenslauf.

Ich wurde am 30. August 1905 zu Eichenau, Kr. Kattowitz geboren. Meine Eltern sind Büroinspektor Franz Witalinski und Frau Hedwig, geb. Thometzki. Ich bin katholischer Religion.

In den Jahren 1911—1914 besuchte ich die Vorschule der Oberrealschule zu Kattowitz und von 1914 ab das Gymnasium zu Kattowitz. Ich verließ das Gymnasium mit dem Zeugnis der Reife.

Im Mai 1923 ließ ich mich als Studierender der Rechtswissenschaft bei der Universität in Breslau immatrikulieren und verblieb dort bis zum W. S 1923/24. Im S. S. 1924 und im W. S. 1924/25 studierte ich in Freiburg i. B., in den 2 folgenden Semestern wiederum in Breslau.

Mein Studium schloß ich ab mit der Ablegung der am 5. und 6 November 1926 erfolgten Referendarprüfung. Das Rigorosum bestand ich am 22. November 1926.

Seit dem 1. April 1927 bin ich bei dem Landgericht in Beuthen OS als Referendar tätig.